Arbeit
als Beitrag im Gesellschaftsrecht

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Arnulf Schreiber

Gerichtsreferendar
aus Breslau

Breslau 1938

Druck: Schlesische Verlagsanstalt und Druckerei Karl Klossok K.-G., Breslau 1, Hummerei 39/41

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Referent: Professor Dr. Thieme

*

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Februar 1938

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Schrifttum.

Arbeitsrechtskartei, herausgegeben von Kallee, Stuttgart.

Becker: Das Hofgängersystem in der ostdeutschen Landwirtschaft. Frankfurt a. M. 1934.

Beyerle: Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts. Weimar 1932.

Birkenbihl: Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892. Berlin 1893.

Brodmann: Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1930.

Cloß: Die Doppelnatur der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Göttingen 1935.

Crisolli: Auswirkungen der neuen Rechtsauffassung im Handelsrecht. JW. 1935, S. 13.

Crüger-Crecelius: Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 11. Auflage. Berlin-Leipzig 1928.

Dennecke: Betrieb und Unternehmen. Deutsches Arbeitsrecht 1936, S. 14 ff. und 43 ff.

Dersch: Angestelltenversicherungsgesetz. 3. Auflage. Mannheim-Berlin-Leipzig 1926.

— Grundsätzliches über die künftige Neuregelung der Zeugnisausstellung. Deutsches Arbeitsrecht 1936, S. 67.

— Die arbeitsrechtliche Bedeutung der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes zum abhängigen Arbeitsverhältnis. Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 193.

Dersch-Volkmar: Arbeitsgerichtsgesetz. 3. Auflage. Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Auflage. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

Ehlers: Die Einlage bei der OHG. Leipzig 1908.

Ehlert: Das Verhältnis des Gesellschaftsvertrages zu den Vorschriften über die gegenseitigen Verträge. Göttingen 1935.

Ehrenberg: Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht. Berlin 1880.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, bearbeitet von Lehmann, 11. Auflage. Marburg 1930.

Feine: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ehrenbergs Handbuch, Bd. III, 3. Abt. Leipzig 1929.

Fischer, Robert: Die Haftung des Gesellschafters für Schulden der offenen Handelsgesellschaft. Weimar 1936.
Fischer, Rudolf: Die Aktiengesellschaft. Ehrenbergs Handbuch, Bd. III, 1. Abt. Leipzig 1916.
Frhr. zu Herrnsheim: Der Treuebegriff im Gesellschaftsrecht. Deutsches Recht 1934, S. 536.
Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. München und Leipzig 1895—1917.
— Das deutsche Genossenschaftsrecht. Berlin 1868—1913.
Gierke, Julius: Handels- und Schiffahrtsrecht. Berlin-Leipzig, 4. Auflage, 1933.
— Neuzeitliche Ergänzungen zum Lehrbuch des Handels- und Schiffahrtsrechtes. Berlin-Leipzig 1936.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1905.
Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 5. Auflage. Berlin-Leipzig 1926.
Haberkamp: Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Arbeitsverhältnis. Köln 1932.
Haude: Die Durchführung der Vorschriften über die gegenseitigen Verträge bei der Gesellschaft des BGB. Erlangen 1934.
Haff: Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts. Berlin 1918.
Henschel: Die Begründung des Arbeitsverhältnisses. Deutsches Arbeitsrecht 1936, S. 299.
Herschel: Das mittelbare Arbeitsverhältnis. JW. 1937. S. 1115.
Hoeniger: Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. I, Mannheim-Berlin-Leipzig 1910.
Huber: Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis. JW. 1937, S. 1111.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. 3.—5. Auflage. Mannheim-Berlin-Leipzig 1930/31.
Hueck-Nipperdey-Dietz: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 2. Auflage. Berlin 1937.
Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 6./7. Auflage. Berlin und Leipzig 1936.
Kaskel: Die Rechtsnatur des Arbeiterschutzes. Festschrift für Brunner. München und Leipzig 1914.
Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht. 4. Auflage. Berlin 1932.
Kisch: Zur Vereinstheorie. Archiv für Rechts- und Wirtschafts-Philosophie, Bd. 22, S. 43.
Klausing: Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände. Berlin-Wien 1928.
Klotz: Grundformen werdenden Arbeitsrechts. Deutsches Arbeitsrecht 1935, S. 226.
Koenige: Handelsgesetzbuch. 4. Auflage. Berlin 1936.
— Aktiengesetz. Berlin 1937.
Kölbe: Die Rechtsnatur des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses. JW. 1936, S. 1346.
Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung. II, 8. Auflage. München 1932.

Lange: Das Direktionsrecht des Arbeitgebers. Jena 1933.
Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Auflage. Leipzig 1912.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.
Leonhardi: Das Anordnungsrecht des Arbeitgebers. Halle 1934.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Auflage. Berlin 1906.
Mansfeld-Pohl: Die Ordnung der nationalen Arbeit. 2. Auflage. Berlin-Leipzig-Mannheim-München 1934.
Mansfeld: Arbeitsrechtliche Selbstbesinnung. Deutsches Arbeitsrecht 1936, S. 118.
— Die Arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. JW. 1936, S. 481.
Mentzel: Kommentar zur Konkursordnung. 5. Auflage. Berlin 1937.
Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages. Schriften d. Inst. f. Arbeitsrecht a. d. Univ. Leipzig. Heft 7, 1927.
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Mannheim 1925.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2./3. Auflage. Tübingen 1928.
Nawiasky: Forderungs- und Gewaltverhältnis. Festschrift für Zitelmann. München und Leipzig 1913.
Nikisch: Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag. Schriften des Inst. f. Arbeitsrecht a. d. Univ. Leipzig, Heft 11, 1926.
— Arbeitsrecht. 1. Halbbd. Tübingen 1936.
— Vom Arbeitsverhältnis. Festschrift f. H. Lehmann. Berlin 1937.
Nipperdey: Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft. Deutsches Arbeitsrecht 1937, S. 142.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II, 5. Auflage. Berlin 1929.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., 2. Hälfte, 4. Auflage. Berlin 1928.
Rehm: Die Bilanzen der Aktiengesellschaften. 2. Auflage. München-Berlin-Leipzig 1914.
Rohde: Und doch Arbeitsvertrag. Ztschr. d. Akad. f. dt. Recht 1936, S. 371.
Richter: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. Schriften des Inst. f. Arbeitsrecht a. d. Univ. Leipzig, Heft 3, 1925.
— Sozialversicherungsrecht. Berlin 1931.
Rieß: Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 2. Abt. Leipzig 1922.
Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Auflage. München-Berlin 1932.
Roeder: Arbeitsvertragsverhältnis bei mittelbarem Beschäftigungsverhältnis? Ztschr. d. Akad. f. dt. Recht 1937, S. 115.
Schafheutle: Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen. Mannheim-Berlin-Leipzig 1931.
Scheidt: Der Rechtsbegriff der abhängigen Arbeit. Frankfurt 1934.
Scheld: Das Direktionsrecht des Arbeitgebers. Gießen 1934.
Schlegelberger-Quassowski: Aktiengesetz. Berlin 1937.

Schmidt-Rimpler: Der Handlungsagent. Ehrenbergs Handbuch, Bd. II, 1. Leipzig 1928.
Schreiber: Gemischte Verträge im Reichsschulrecht. Iher. Jahrb., 60. Bd., S. 106.
— Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. München 1925.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Iher. Jahrb. 70/228.
Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. Hamburg 1935.
— Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Verhältnis. Deutsches Arbeitsrecht 1935, S. 95.
— Das Wesen der Rechtsfähigkeit privatrechtlicher Personenverbände. DJZ. 1935, S. 713.
— Grundfragen des Arbeitsverhältnisses im Lichte neuer Rechtsprechung. JW. 1937, S. 1103.
— Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis. Deutsches Arbeitsrecht 1937, S. 14 ff., S. 44 ff.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 2. Band, 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1929/30.
Stoll: Die Lehre vom Betriebsrisiko und die Neuordnung der Arbeitsverfassung. Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 199.
Thomik: Dienste als Einlagen und Nebenleistungen. Breslau 1932.
Volkmar: Die Teilreform der Zwangsvollstreckung. Deutsches Arbeitsrecht 1935, S. 8.
Vierneusel: Inwieweit finden auf das Gesellschaftsverhältnis die Regeln vom gegenseitigen Vertrage Anwendung? Jena 1931.
Wagner: Die Einwirkung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung auf die grundsätzliche Neugestaltung des Arbeitsvertrages. Würzburg 1936.
Waldecker: Die eingetragene Genossenschaft. Tübingen 1916.
Wieland: Handelsrecht I. München und Leipzig 1921.
Wolkewitz: Ist die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag? Göttingen 1930.
Würdinger: Gesellschaften I. Hamburg 1937.
Zimmer: Arbeitsvertrag und Einordnung in die Betriebsgemeinschaft. Breslau 1935.

Gliederung.

I. Einleitung 9

II. Ist Arbeit als Beitrag geeignet? 12
1. Personal- und Kapitalgesellschaften 12
2. Die verschiedenen Haftungsarten 16
3. Arbeit als Beitrag bei den einzelnen Gesellschaften 20

III. Das Rechtsverhältnis des arbeitleistenden Gesellschafters 28
1. Das Rechtsverhältnis des beitragleistenden Gesellschafters im allgemeinen 28
2. Das Arbeitsverhältnis 34
3. Gesellschaft und Arbeitsverhältnis 41
4. Die Anwendung der Vorschriften des Dienstvertrages 56

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542706_0057

I. Einleitung.

Einer der Grundtatbestände des Rechtsverkehrs ist der Tatbestand gemeinschaftlicher Interessen[1]. Die Verbindung der Interessen ist das typische, wobei es sich um eine Verbindung durch die gemeinsame Berechtigung an einem Gegenstande oder um die gemeinsame Verfolgung eines bestimmten Zweckes handeln kann. Die Interessengemeinschaften, die dadurch gekennzeichnet werden, daß sich mehrere Personen zur Verfolgung eines Zweckes vereinigen, indem sie zu dessen Verwirklichung in vertrags- oder satzungsgemäßer Weise zusammenwirken, werden Zweckgemeinschaften genannt, man kann sie auch als Gesellschaften im weiteren Sinne bezeichnen[2]. Unter den einzelnen Gesellschaftsformen gibt es wiederum Gruppen, denen bestimmte Merkmale gemeinsam sind. Solche Gruppen lassen sich auf Grund der verschiedensten Einteilungsprinzipien bilden. Besonders wichtig ist die Einteilung der Gesellschaften in Personal- und Kapitalgesellschaften und in Gesellschaften mit Rechtsfähigkeit und ohne solche.

Kraft positiver gesetzlicher Regelung sind die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft rechtsfähig. Der Unterschied zwischen diesen Gesellschaften und denjenigen, die keine Rechtsfähigkeit besitzen, ist von grundlegender theoretischer und praktischer Bedeutung. Die rechtsfähige Personenvereinigung ist ein selbständiges Rechtssubjekt. Unabhängig von ihren Mitgliedern tritt sie als juristische Person im Rechtsverkehr auf. Sie ist Trägerin eines selbständigen Vermögens und vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig. Rechtsbeziehungen bestehen grundsätzlich nicht zwischen den Mitgliedern, sondern lediglich zwischen der Verbandsperson und dem einzelnen Mitgliede[3]. Bei der nicht rechtsfähigen Personenvereinigung sind dagegen die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit die Träger des Gesellschaftsvermögens. Die Gesellschafter zusammen treten im Rechtsverkehr als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten auf. Der Bestand der Gesellschaft ist deshalb von ihnen abhängig. Rechtsbeziehungen bestehen zwischen dem Mitgliede und den durch das gesellschaftliche Band verbundenen anderen Mitgliedern.

---

[1] Würdinger: Gesellschaften I, S. 10 ff.; Beyerle, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, S. 46.

[2] Gierke, J.: Neuzeitliche Ergänzungen zum Lehrbuch des Handels- und Schiffahrtsrechtes, S. 30.

[3] Auf die Frage, inwieweit bei der juristischen Person Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Mitgliedern bestehen, kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. dazu Crisolli in JW. 1935, S. 13; Frhr. zu Hernsheim, DR. 1934, S. 535; Siebert, DJZ. 1935, S. 417 ff.

Die Einteilung in Gesellschaften mit und ohne Rechtsfähigkeit wird für die Beiträge der Gesellschafter bedeutsam.

Die Leistung von Beiträgen ist charakteristisch für die Personenvereinigungen überhaupt. Dies beruht darauf, daß die Personenvereinigung der Förderung bestimmter Zwecke dienen soll, und daß sie eine auf die Förderung dieser Zwecke gerichtete Tätigkeit nur entfalten kann, wenn ihr die Mittel dazu von den einzelnen Mitgliedern zur Verfügung gestellt werden. Als solches zweckförderndes Mittel genügt regelmäßig das bloße Mitgliedsein in der Personenvereinigung mit der Absicht der Zweckförderung nicht, sondern das Mitglied muß außerdem einen besonderen Beitrag leisten.

Die von den Mitgliedern der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Beiträge fallen in ihr Vermögen. Bei den Gesellschaften mit Vereinscharakter gehören somit die Beiträge und auch schon die Ansprüche auf diese zu dem von dem Vermögen der Mitglieder rechtlich völlig gesonderten Gesellschaftsvermögen. Bei den Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit dagegen fallen die Beiträge in das den Gesellschaftern gemeinsam zustehende Vermögen, das zur gesamten Hand gebunden ist. Auch bei diesen Gesellschaften gehören bereits die Ansprüche auf die Beiträge zu dem Gesellschaftsvermögen[4]. Die Überführung der Beiträge in das Vermögen der Gesellschaft erfolgt nach den allgemeinen Regeln über die Vollziehung schuldrechtlicher Leistungen. Ist die Beitragsleistung vollzogen und ist damit die Überführung in das Gesellschaftsvermögen erfolgt, dann werden die Beiträge Einlagen genannt. Die Einlagen sind somit nichts anderes als die vollzogenen Beiträge der Gesellschafter[5].

Das Gesetz hat bei den Gesellschaften im allgemeinen nicht vorgeschrieben, welche Leistungen als Beitrag geeignet sind. Man wird daher annehmen müssen, daß alle Leistungen auch Beiträge sein können, die als Leistungsgegenstand in einem Schuldverhältnis geeignet sind[6]. Dabei erhebt sich aber die Frage, ob dieser unbegrenzte Leistungsinhalt mit dem rechtlichen Aufbau aller Gesellschaften vereinbar ist. Es wäre denkbar, daß es Gesellschaften gibt, die nach ihrem rechtlichen Aufbau bestimmte Beitragsleistungen ausschließen. Dies ist besonders bei der Leistung von Arbeit als Beitrag naheliegend. Arbeit ist als persönliche Leistung untrennbar mit der Person des Leistenden verknüpft. Daraus ergeben sich bestimmte Eigenheiten, die die Arbeitsleistung von allen Sach-

[4] Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. der bürgerl. Rechts, II, S. 574; Wieland, Handelsrecht, I, S. 546; Würdinger, a. a. O., S. 48; Schafheutle, Der Gesellschaftsbegriff, S. 54; RG. 76/278 ff.; 111/83.

[5] Über das Verhältnis von Beitrag und Einlage vgl. die eingehende Darstellung bei Thomik: Dienste als Einlagen und Nebenleistungen, S. 11 ff., auf die verwiesen wird.

[6] Staudinger, Kommentar zum BGB., II, § 705, Anm. II, 2. Wieland, a. a. O., S. 538 ff.

leistungen unterscheidet. Arbeit ist im Zweifel in Person zu leisten, der Anspruch ist im Zweifel nicht abtretbar (§ 613 BGB.), die Arbeitsleistung kann nicht erzwungen werden (§ 888 ZPO.) usw. Bei der Leistung von Arbeit ist deshalb die Frage besonders berechtigt, ob nicht bestimmte Gesellschaften Arbeit als Beitrag ausschließen, weil sie auf Sachleistungen aufgebaut sind. Zwei praktische Beispiele mögen das erläutern.

1. Ein Prokurist soll am Handelsgewerbe eines Kaufmanns als stiller Gesellschafter beteiligt werden. Er leistet aber keine besondere Vermögenseinlage, sondern hat als Prokurist für das Handelsgewerbe tätig zu sein. Ist diese Arbeitsleistung des Prokuristen als Beitrag geeignet?

2. Einem Aktionär wird im Gesellschaftsvertrage die Befugnis eingeräumt, den Betrag der von ihm übernommenen Aktien nicht in bar einzuzahlen, sondern mit der Vergütung, die er als Angestellter der Aktiengesellschaft zu erhalten hat, zu verrechnen. Kann eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage getroffen werden?

Die Lösung dieser Fragen läßt sich aus dem Gesetz nicht unmittelbar entnehmen. Besondere Bestimmungen über die Zulässigkeit von Arbeit als Beitrag finden sich nur bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 706 Abs. 4 BGB.). Diese Regelung gilt auch für die offene Handelsgesellschaft und für die Komplementäre der Kommanditgesellschaft, da für diese entgegenstehende Bestimmungen nicht getroffen sind (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB.). Fraglich ist es schon bei den Kommanditisten, ob Dienste Beiträge sein können, da auf sie nicht ohne weiteres die Vorschriften über die persönlich haftenden Gesellschafter Anwendung finden. Die Frage ist auch in der Literatur streitig. Bei allen anderen Gesellschaften wird man vergeblich nach einer gesetzlichen Regelung suchen, aus der sich ausdrücklich die Zulassung von Diensten als Beitrag ergibt.

Es entsteht somit die Aufgabe, in systematischer Hinsicht die Zulässigkeit von Arbeit als Gesellschaftsbeitrag zu prüfen. Damit wird der Versuch unternommen, ganz allgemeine Lösungen aus den Aufbauprinzipien der Gesellschaften selbst zu entwickeln, unabhängig von der gesetzlichen Regelung. Bei den Gesellschaften, für die eine solche getroffen ist, kann dann die Tatsache der Übereinstimmung mit der gefundenen Lösung als Beweis gewertet werden, daß der Gesetzgeber den gefundenen Rechtsgedanken auch seiner Regelung zugrunde gelegt hat.

In den Fällen, wo die Zulässigkeit von Arbeit als Beitrag bejaht wird, fragt es sich weiterhin, welchen Regeln dieses Beitragsverhältnis unterliegt. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, daß die Beitragsleistungen gesellschaftliche Leistungen der Mitglieder sind und daher nur im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses erfaßt werden können, daß andererseits die Verwandtschaft zu den Schuldverhältnissen recht eng ist. Der Gesellschafter, der sein Grundstück der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, steht offenbar in einer ähnlichen Rechtsbeziehung wie der Vermieter zum Mieter im Mietvertrage. Es wird deshalb auf die

Rechtsnatur dieses Beitragsverhältnisses einzugehen sein, um daraus die Regeln, die darauf Anwendung finden, ableiten zu können. Bei Leistung von Arbeit kommt die Anwendung der Vorschriften des Dienstvertrages des BGB. in Betracht. Vor allem aber wird zu prüfen sein, inwieweit die Regeln des Arbeitsrechtes auf das Beitragsverhältnis angewendet werden können. Einige Beispiele mögen wieder die Problemlage verdeutlichen.

1. Ein Kommanditist hat als Buchhalter für die Gesellschaft Arbeit geleistet. Nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft verlangt er ein Zeugnis. Kann er das?

2. Eine offene Handelsgesellschaft geht in Konkurs. Der geschäftsführende Gesellschafter macht das Konkursvorrecht gemäß § 61 Ziff. 1 der Konkursordnung geltend. Ist er dazu befugt?

3. Eine offene Handelsgesellschaft stellt einen Prokuristen an. Dieser ist zu 25 v. H. am Gewinn beteiligt und hat die Befugnis, in allen die Gesellschaft betreffenden Angelegenheiten mit zu entscheiden. Liegt ein Angestelltenverhältnis oder ein Gesellschaftsverhältnis vor? Ist für eine Klage auf rückständige Vergütung das Arbeitsgericht oder das ordentliche Gericht zuständig?

Alle diese Fragen lassen sich nur beantworten, wenn die Natur der Rechtsbeziehungen zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft genügend geklärt ist. Erst dann kann auf die Besonderheiten eingegangen werden, die sich aus der Leistung von Arbeit als Beitrag ergeben. Die Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen auf dieses Beitragsverhältnis hängt davon ab, inwieweit die Rechtsbeziehung Gesellschafter—Gesellschaft gleich der Rechtsbeziehung Arbeitgeber—Arbeitnehmer gestaltet sein kann. Es wird deshalb notwendig sein, auch auf das Wesen des Arbeitsverhältnisses einzugehen.

Die Beantwortung der genannten rechtlichen Probleme soll den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden.

II. Ist Arbeit als Beitrag geeignet?

1. Personal- und Kapitalgesellschaften.

Die Frage, ob Arbeit bei allen Gesellschaften als Beitrag geeignet ist, soll zuerst unter dem Gesichtspunkt betrachtet werden, welche Stellung die einzelnen Personenvereinigungen in ihrem rechtlichen Aufbau der persönlichen Mitarbeit ihrer Mitglieder zuweisen. Es ist denkbar, daß für sie die persönliche Mitarbeit wesentlich ist, weil die Mitglieder typischerweise eine Arbeitsgemeinschaft bilden. Daraus würde folgen, daß die Gesellschafter auch ihre Arbeit als Beitrag leisten können, denn einen Beitrag leisten heißt, etwas zur Förderung der Gesellschaft beitragen. Die Leistung von Arbeit wäre in diesem Falle sogar die zweckdienlichste Art der Beitragsleistung. Es ist andererseits auch denkbar,

daß die Gesellschaft so aufgebaut ist, daß die Mitglieder ausschließlich Kapital zur Förderung der Gesellschaftszwecke beizutragen haben. Die für die Gesellschaft notwendige Tätigkeit, nämlich die Geschäftsführung, steht nicht den Gesellschaftern zu, sondern dritten Personen, die zu ihrer Arbeit der Gesellschaft gegenüber kraft besonderen Arbeitsvertrages verpflichtet sind. Die Mitglieder bilden also keine Arbeitsgemeinschaft. Arbeit wäre in diesem Falle als Beitrag nicht geeignet.

Untersucht man unter diesen Gesichtspunkten die verschiedenen Gesellschaften, so findet man unter ihnen zwei gegensätzliche Typen, die Personal- und die Kapitalgesellschaften, die sich, wie ihre Namen bereits andeuten, darin unterscheiden, wie bei ihnen die persönliche Mitarbeit der Mitglieder bzw. die Beitragung von Kapital geregelt ist. Dieser Unterschied zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften, der oben bereits entwickelt wurde, soll im folgenden näher untersucht werden[7]. Dabei ist zu beachten, daß die Begriffe Personal- und Kapitalgesellschaften nicht dem positiven Rechte entlehnt sind. Es handelt sich vielmehr in erster Linie um Begriffe wirtschaftlicher Art. Der ihnen zugrundeliegende wirtschaftliche Unterscheidungsgedanke hat aber, wie zu zeigen ist, auf die rechtliche Gestaltung der Gesellschaften eingewirkt. Freilich sind die rechtlichen Formen der Gesellschaften, die wirtschaftlichen Zwecken dienen, nicht starr, sondern im Gegenteil sehr elastisch. Durch nur wenige zwingende Gesetzesbestimmungen ist die rechtliche Form festgelegt. Innerhalb dieses weiten gesetzlichen Rahmens steht es dann den Beteiligten offen, die Gesellschaft ihren besonderen Zwecken gemäß zu gestalten. Die Organisation einer Gesellschaft kann auf diese Weise weitgehend von der typischen Regelung des Gesetzes abweichen. So ist es z. B. zu erklären, daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die typischerweise zu den Kapitalgesellschaften gehört, durch die Bestimmungen über Nebenleistungen dem Charakter einer Personalgesellschaft nahekommen kann[8]. Umgekehrt ist eine Annäherung der zu den Personalgesellschaften zählenden Kommanditgesellschaft an die Kapitalgesellschaften möglich[9]. Die Zulässigkeit von Arbeit als Beitrag kann daher nicht schon deshalb verneint werden, weil die Gesellschaft typischerweise auf Kapitalbeiträgen aufgebaut ist. Erst dann wird man die Zulässigkeit ablehnen müssen, wenn die Leistung von Arbeit mit dem Aufbau der Gesellschaft völlig unvereinbar erscheint.

Die besonderen wirtschaftlichen Situationen, die zur Gründung von Personal- oder Kapitalgesellschaften führen, sollen nun dargestellt werden.

---

[7] Über das Verhältnis von Personalgesellschaft zur Kapitalgesellschaft vgl. Feine, Ehrenbergs Hdb. III, 3, S. 38; Rudolf Fischer, Ehrenbergs Hdb. III, 1, S. 1; Gierke, J., Handelsrecht, S. 198 ff.; Würdinger, a. a. O., S. 1 ff.

[8] Feine, a. a. O., S. 120.

[9] Würdinger, a. a. O., S. 157 ff.

Daraus sollen dann die Grundsätze abgeleitet werden, die für eine Gesellschaft gelten müssen, die den wirtschaftlichen Zweck, der mit ihr verfolgt werden soll, auch erfüllt.

Anlaß zur Gründung einer Gesellschaft kann sein, daß die persönliche Kraft eines Menschen für die Erreichung der wirtschaftlichen Zwecke, die er sich gesetzt hat, nicht ausreicht. Es bedarf des Einsatzes mehrerer Personen, um die gestellte Aufgabe zu bewältigen. Er wird sich dann mit mehreren Personen zusammenschließen, um mit vereinten Kräften an deren Verwirklichung zu arbeiten. Jeder der Beteiligten stellt seine Arbeitskraft und wenigstens einen Teil seines Vermögens der Gesellschaft zur Verfügung.

Einer derartigen wirtschaftlichen Situation trägt die Personalgesellschaft Rechnung. In ihr gilt das Prinzip der persönlichen Mitarbeit der Mitglieder. Die Gesellschafter bilden also insoweit eine Arbeitsgemeinschaft. Die persönliche Mitwirkung zeigt sich auch bei der Willensbildung der Gesellschaft. Die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit sind die Gesellschaft, sie alle zusammen haben auch in allen Angelegenheiten der Gesellschaft zu entscheiden. Die Personalgesellschaft ist daher typischerweise nicht zur rechtsfähigen Person ausgestaltet. Die Gesellschafter bilden außerdem eine Vermögensgemeinschaft, indem das der Gesellschaft zur Verfügung stehende Vermögen zur gesamten Hand gebunden ist, und sie bilden schließlich eine Erfolgsgemeinschaft, da ihnen der Erfolg des Unternehmens gemeinsam zugute kommt. Dabei wird der auf sie entfallende Gewinn nicht nach den Kapitalanteilen, sondern nach Kopfteilen verteilt. Ein derartig enges Gemeinschaftsverhältnis kann erfahrungsgemäß nur unter wenigen Personen bestehen, da es in besonderem Maße ein Vertrauensverhältnis ist. Die Zahl der Gesellschafter ist daher nur gering. Eine Auflösung der Mitgliedschaft ist nur schwer möglich und durch den Austritt eines Gesellschafters wird auch die gesamte Gesellschaft aufgelöst. Damit ist in wenigen Sätzen der grundlegende Aufbau der Personalgesellschaft gekennzeichnet.

Bei einer solchen Ausgestaltung der Personalgesellschaft ist es unzweifelhaft, daß Arbeit als Beitrag geeignet ist. Die Leistung von Arbeit ist für diese Gesellschaft sogar eine typische Beitragsleistung. Grundsätzlich wird zwar jeder Gesellschafter Kapital und Arbeit beitragen, da eine solche Gesellschaft Arbeits- und Vermögensgemeinschaft ist. Durch die Leistung von Arbeit aber erhält diese Gesellschaftsform ihr charakteristisches Gepräge. Dabei ist nicht nur solche Arbeit zulässig, die sich als Geschäftsführung darstellt, sondern jede Arbeit überhaupt, die auch Gegenstand eines Arbeitsvertrages sein kann, denn auch in einer derartigen Arbeit liegt eine Förderung der Gesellschaftszwecke. Man denke z. B. an die Tätigkeit eines Erfinders, die von ausschlaggebendem Wert für den Bestand einer Gesellschaft sein kann.

Die wirtschaftliche Situation kann auch so liegen, daß für die Er-

reichung bestimmter Zwecke große Kapitalmengen benötigt werden, über die eine Person nicht allein verfügt. Erst durch die Zusammenfassung großer Kapitalien in einer Hand ist die Lösung größerer wirtschaftlicher Ziele möglich. Dann werden sich diejenigen Personen, die gemeinschaftlich ihr Kapital einem Unternehmen zur Verfolgung dieser Zwecke zur Verfügung stellen wollen, zu einer Kapitalgesellschaft zusammenschließen. Jeder der Beteiligten trägt dann zu der Gesellschaft einen bestimmten Kapitalbetrag bei.

Einer solchen wirtschaftlichen Situation trägt die Kapitalgesellschaft Rechnung. Die Mitglieder beteiligen sich an der Gesellschaft durch die Leistung einer bestimmten Kapitalsumme in den Gesellschaftsfonds. Damit erschöpft sich auch ihre Förderung der Gesellschaftszwecke. Die Gesellschafter bilden also keine Arbeitsgemeinschaft, sie arbeiten nicht gemeinsam an der Erreichung der Gesellschaftszwecke mit, sondern überlassen es dritten Personen, die für die Gesellschaft notwendige Arbeit auf Grund eines besonderen Arbeitsvertrages zu leisten. Die Gesellschaft ist deshalb typischerweise als eine von den Mitgliedern selbständige Rechtsperson ausgestaltet. Die Gesellschaft als solche ist Trägerin des Gesellschaftsvermögens und von Rechten und Verbindlichkeiten. Die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern sind nur lose. Die Zahl der Gesellschafter ist groß. Ein Wechsel der Mitgliedschaft kann leicht vorgenommen werden und berührt den Bestand der Gesellschaft nicht. Der Maßstab für die Gewinnbeteiligung ist die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Damit ist der grundsätzliche Aufbau der Kapitalgesellschaft gekennzeichnet.

Ist die Gesellschaft so ausgestaltet, ist es nicht zweifelhaft, daß nur Kapital als Beitrag geeignet ist. Die Beteiligung als Gesellschafter an der Gesellschaft beschränkt sich eben auf den Kapitalbeitrag. Die Arbeitsleistung des Gesellschafters als Beitrag widerspricht dem Prinzip der Leistung von Arbeit durch dritte Personen[10]. Die Mitgliedschaft bei einer Kapitalgesellschaft ist durch ihren eindeutigen Beitragsinhalt charakterisiert.

Durch diese Betrachtung der Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt, welche Stellung sie zu der persönlichen Mitarbeit ihrer Mitglieder einnehmen, ist es gelungen, ein Prinzip zu finden, nach dem es sich entscheiden läßt, ob Arbeit Gesellschaftsbeitrag sein kann. Jede Gesellschaft ist dahin zu untersuchen, ob sie nach dem Prinzip der gemeinsamen Arbeit der Gesellschafter oder der Arbeit durch dritte Personen aufgebaut ist. Unter diesem Gesichtspunkt wird man dann die Zulässigkeit von Arbeit als Beitrag bejahen oder verneinen können.

---

[10] Dem steht naturgemäß nicht entgegen, daß der Geschäftsführer der Gesellschaft zugleich Gesellschafter ist, denn dieser verrichtet seine Arbeit, nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, sondern wie jede dritte Person auf Grund eines besonderen Anstellungsvertrages.

2. Die verschiedenen Haftungsarten.

Es läßt sich noch ein weiteres Prinzip finden, auf Grund dessen eine Entscheidung gefällt werden kann, inwieweit Arbeit als Gesellschaftsbeitrag geeignet ist. Dieses Prinzip leitet sich aus der Tatsache ab, daß es in den Gesellschaften verschiedene Haftungsarten gibt, und daß Arbeit bei diesen Haftungsarten einer verschiedenen Behandlungsweise unterliegt.

Haften heißt Einstehensollen für eine Schuld, das Vermögen oder ein Teil ist dem Zugriff des Gläubigers unterworfen. Zum Vermögen gehören alle wirtschaftlichen Güter, die einen wirtschaftlichen Wert in sich tragen, die also verkehrsfähig sind. Arbeit als solche aber ist kein Vermögensgegenstand, sie ist vielmehr persönliche Tätigkeit des Menschen, die nicht selbständig existent ist, sondern sich immer nur in Verbindung mit einer Person verwirklicht und auch mit ihrer Vornahme erschöpft. Persönliche Tätigkeit kann deshalb nicht Vermögensbestandteil sein, es käme dafür nur die hinter jeder Arbeitsleistung stehende Arbeitskraft in Betracht. Aber auch diese Arbeitskraft gehört nicht zum Vermögen, sondern ist ein dem Menschen höchst persönlich zustehendes Rechtsgut[11]. Die Arbeitskraft wird deshalb auch niemals als activum in einer Bilanz erscheinen. Die Frage der Haftung wird bei Leistung von Arbeit immer nur dann bedeutsam, wenn es sich darum handelt, ob der Anspruch auf Leistung von Arbeit, der auf Grund einer rechtlichen Verpflichtung zur Arbeit entstanden ist, der Haftung unterliegt. Ein solcher Anspruch entsteht auch, wenn der Gesellschafter sich zur Arbeitsleistung für die Gesellschaft verpflichtet. Man wird deshalb bei den verschiedenen Haftformen prüfen müssen, ob dieser Anspruch einer unterschiedlichen Behandlung unterliegt und ob überhaupt die Frage der Haftung dieses Anspruches für die Gesellschaft von Bedeutung ist.

Bei den Gesellschaften kommen drei verschiedene Haftformen vor, die persönlich unbeschränkte Haftung, die persönlich beschränkte Haftung und die gegenständlich beschränkte Haftung.

Bei persönlich unbeschränkter Haftung haftet jeder Gesellschafter mit seinem ganzen Vermögen. In erster Linie haftet zwar dann auch das Gesellschaftsvermögen, aber die Gläubiger können auch jeden Gesellschafter persönlich in Anspruch nehmen. Diese Haftungsart findet sich bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der offenen Handelsgesellschaft und den Komplementären der Kommanditgesellschaft. Sie ist für die Gesellschafter sehr gefährlich, andererseits bietet sie den Gesellschaftsgläubigern die größte Sicherheit. Auch die Ansprüche, die der Gesellschaft gegen die Gesellschafter zustehen, unterliegen dieser Haftung. Aber die Ansprüche bedeuten insofern keine Vermehrung der Haftungsobjekte für die Gläubiger, als diese unmittelbar gegen jeden Gesellschafter vorgehen

[11] RG. 70/230; 81/245.

können, wofür ihnen deren gesamtes Vermögen zur Verfügung steht. Es wäre ein Umweg für die Gesellschaftsgläubiger, z. B. den Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf Zahlung eines rückständigen Beitrages von 1000 RM. zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen. Sie können stattdessen direkt gegen das Vermögen der Mitglieder vorgehen. Dasselbe muß auch für den Anspruch auf Arbeit gelten. Dadurch, daß den Gesellschaftsgläubigern das Vermögen der Gesellschaft und der Gesellschafter zur Verfügung steht, sind sie auf die Ansprüche auf Arbeit nicht angewiesen und auch nicht bessergestellt. Es bedarf deshalb bei dieser Haftungsart keiner Erörterung darüber, ob der Anspruch auf Arbeit ein geeignetes Haftungsobjekt ist. Persönlich unbeschränkte Haftung steht deshalb der Leistung von Diensten nicht entgegen.

Bei persönlich beschränkter Haftung ist eine Beantwortung der Frage, ob Arbeit als Beitrag geeignet ist, nicht ohne weiteres möglich. Man versteht unter dieser Haftungsart die Haftung eines Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern mit seinem ganzen Vermögen bis zu einem bestimmten Geldbetrage. Auch bei dieser Haftung können die Gesellschaftsgläubiger persönlich gegen den Gesellschafter vorgehen, nur ist die Haftung des Gesellschafters zahlenmäßig beschränkt. Persönlich beschränkte Haftung findet sich bei den Kommanditisten der Kommanditgesellschaft. Der Gesellschafter kann sich von der Haftung befreien, wenn er im Innenverhältnis eine Einlage in Höhe der Haftsumme leistet. Einlage und Haftsumme sind scharf voneinander zu trennen[12]. Die Vorschriften über die Haftsumme sind allein im Interesse der Gesellschaftsgläubiger geschaffen und daher zwingendes Recht. Die Bestimmungen über die Einlage dagegen unterliegen der freien Vereinbarung der Gesellschafter. Die Haftsumme[13] kann nicht herabgesetzt werden, über die Einlage können die Gesellschafter vereinbaren, was sie wollen. Sie können auch den Gesellschafter ganz von der Leistung der Einlage befreien. Er leistet dann immer noch einen Gesellschaftsbeitrag dadurch, daß er nach außen erklärt hat, er wolle bis zu einem bestimmten Betrage den Gesellschaftsgläubigern haften. Auf diese Weise fördert er den Gesellschaftszweck, denn die Kreditfähigkeit der Gesellschaft wird dadurch erhöht. Die Einlage kann somit niedriger oder höher als die Haftsumme bestimmt werden. Fraglich ist es nur, durch welche Einlage sich der Gesellschafter von seiner Haftpflicht befreien kann. Durch die Leistung der Einlage brauchen der Gesellschaft Vermögenswerte nicht zugeführt werden, da diese Frage der freien Vereinbarung der Gesellschafter

[12] Lehmann-Hoeniger, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 284, Anm. 1; Würdinger, a. a. O., S. 161.

[13] Die Haftsumme ist immer nur ein bestimmter Geldbetrag. Ein anderes Haftungsobjekt, etwa eine bestimmte Sache kommt nicht in Betracht. Deshalb kann auch die Haftsumme nicht etwa in Dienstleistungen ausgedrückt werden, z. B. in drei Monaten Arbeit als Buchhalter.

unterliegt. Dagegen ist eine Befreiung von der Haftpflicht naturgemäß nur möglich, wenn die Gesellschaft wirkliche Vermögenswerte erhält. Es fragt sich also, durch welche Einlagen sich der Gesellschafter von seiner Haftpflicht befreien kann, insbesondere, ob dies durch Arbeit als Einlage möglich ist. Diese letztere Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Auch durch die Arbeitsleistung werden dem Vermögen wirtschaftliche Werte zugeführt, zwar nicht unmittelbar, denn Arbeit selbst ist kein Vermögensgegenstand, aber doch mittelbar insofern, als bestehende Vermögensgegenstände eine Werterhöhung erfahren oder wenigstens in ihrem Werte erhalten bleiben. Man denke z. B. an die Werterhöhung, die durch die Be- oder Verarbeitung von Waren erfolgt oder an die geschäftsleitende Tätigkeit in einem Unternehmen. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man diesen Wertzuwachs messen will. Maßstab dafür kann nur eine bestimmte Summe Geldes sein, da auch die Haftsumme in einem bestimmten Geldbetrage besteht. Eine Feststellung des Wertes der Arbeitsleistung in Geld ist deswegen so schwierig, weil sich eine unmittelbare Werterhöhung durch Arbeit nicht feststellen läßt, denn bei jeder Arbeit ist die Werterhöhung verschieden. Es braucht auch überhaupt keine Werterhöhung zu erfolgen, da Arbeit völlig vergeblich sein kann. Man denke an erfolglose erfinderische Tätigkeit. Ein Maßstab für die objektive Vermögensvermehrung läßt sich in den Fällen finden, in denen die Gesellschaft durch die Tätigkeit ihres Gesellschafters die Arbeitskraft eines Angestellten erspart. Die Lohnforderung, die sie dem Angestellten hätte auszahlen müssen, kann dann als Einlagesumme angesehen werden, in deren Höhe der Gesellschafter von seiner Haftpflicht frei geworden ist. Es genügt aber nicht, daß der Gesellschafter nur irgendwelche vorübergehende Tätigkeit für die Gesellschaft vornimmt, er muß die volle Arbeitsleistung eines Angestellten ersetzen. Wird dagegen eine besondere Arbeitskraft nicht erspart und ist auch sonst eine objektive Vermögensvermehrung nicht feststellbar, dann wird der Gesellschafter durch seine Arbeitsleistung auch nicht von der Haftpflicht befreit. Hat ein Gesellschafter seine Arbeit als Einlage noch nicht geleistet und wird er von den Gesellschaftsgläubigern in Höhe der Haftsumme in Anspruch genommen, dann kann er sich — ebenso wie bei allen anderen Beitragsleistungen — nicht darauf berufen, daß die Gesellschaft einen Anspruch auf Arbeit gegen ihn habe, und daß er auf diese Weise von seiner Haftpflicht befreit sei, denn die Befreiung tritt immer erst durch die Vornahme der Leistung ein. In einem solchen Falle muß er die Haftsumme, soweit sie nicht durch Arbeit getilgt ist, den Gesellschaftsgläubigern wirklich auszahlen. Es ist deshalb dem Umstande, daß der Anspruch auf Arbeit etwa nicht als Haftungsobjekt geeignet ist, auch bei dieser Haftungsart keine Bedeutung beizumessen, da die Gesellschaftsgläubiger auf diesen Anspruch nicht angewiesen sind, sondern unmittelbar in das Vermögen des Gesellschafters vollstrecken können, solange eine Befreiung von der Haftpflicht noch nicht eingetreten ist. Per-

sönlich beschränkte Haftung steht deshalb der Leistung von Arbeit als Beitrag nicht entgegen.

Bei gegenständlich beschränkter Haftung haftet der Gesellschafter der Gesellschaft mit einem bestimmten Kapitalbetrage. Die Gesellschaftsgläubiger können die Gesellschafter nicht persönlich in Anspruch nehmen. Sie sind in ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, das zur Zeit der Gründung der Gesellschaft aus den Beiträgen der Gesellschafter besteht. Das Gesellschaftsvermögen hat deshalb nicht nur die Bedeutung eines Betriebskapitals wie bei der Gesellschaft mit persönlicher Haftung, sondern zugleich eines alleinigen Haftungsobjektes für die Gesellschaftsgläubiger. Mit dieser schmalen Haftungsbasis ist naturgemäß für die Gesellschaftsgläubiger ein großes Risiko verbunden. Deshalb mußte das Gesetz Anordnungen treffen, damit dieses Haftungsobjekt wenigstens den Gesellschaftsgläubigern in voller Höhe zur Verfügung steht. Diese Anordnungen sollen die Umgehung der Einzahlung der Mitgliederbeiträge und deren Rückzahlung verhindern. Eine solche Umgehung würde auch die Leistung von Arbeit durch den Gesellschafter in Höhe des Kapitalbeitrages bedeuten. Die Arbeitsleistung ist kein vollwertiger Ersatz für die Leistung von Kapital. Die Zuführung von Werten durch Arbeit erfolgt nicht in einem Zeitpunkte, sondern in einem Zeitraum. Die Leistung könnte deshalb nur allmählich erfolgen[14]. Im Zeitpunkte der Gründung würde deshalb das Gesellschaftsvermögen um diesen Betrag geschmälert sein. Würde z. B. jeder Gesellschafter nur Arbeit leisten, statt Kapital einzuzahlen, dann stünde den Gesellschaftsgläubigern überhaupt kein Haftungsstock zur ihrer Sicherung zur Verfügung. Dazu kommt, daß Arbeit kein Vermögensgegenstand ist und daher unmittelbar der Haftung überhaupt nicht unterliegt. Der Gedanke, der bei der persönlich beschränkten Haftung entwickelt wurde, daß durch die Leistung von Arbeit die Gegenstände, an denen die Arbeit verrichtet wird, in ihrem Werte erhöht oder wenigstens erhalten werden, läßt sich hier nicht verwenden. Diese mittelbare Vermögensvermehrung konnte bei persönlich beschränkter Haftung genügen, da bei dieser Haftung den Gesellschaftsgläubigern immer noch die Haftung wenigstens eines persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafters genügende Sicherheit bietet. Es handelt sich lediglich um die Erhöhung eines bereits vorhandenen Haftungsobjektes. Bei gegenständlich beschränkter Haftung gibt es daneben keinen persönlich haftenden Gesellschafter. Durch die Beiträge der Gesellschafter wird erst überhaupt eine Haftungsgrundlage geschaffen. Diese muß deshalb auch unmittelbar durch Einzahlung von Kapital verwirklicht werden.

Schließlich wird bei gegenständlich beschränkter Haftung auch die Art des Anspruches auf Arbeit bedeutsam. Ließe man zu, daß der Gesell-

[14] Eine sukzessive Leistung des Kapitalanteils ist bei den Kapitalgesellschaften nur beschränkt möglich, nämlich nur soweit, als ein bestimmter Mindestbetrag eingezahlt worden ist. Vgl. § 28 II Akt.-Ges., § 7 II G. m. b. H.-Gesetz.

schafter seinen Kapitalbeitrag abarbeitet, dann wären die Gesellschaft und damit mittelbar die Gesellschaftsgläubiger auf den unsicheren Anspruch auf Arbeit angewiesen, der überhaupt nur während eines längeren Zeitraumes sich verwirklichen läßt. Dieser Anspruch ist wegen seiner engen Bindung an die Person des Leistenden als Haftungsobjekt ungeeignet. Die Leistung von Arbeit ist von der Gesundheit und dem Leben des Arbeitenden abhängig. Wird der Verpflichtete ohne sein Verschulden an der Leistung von Arbeit verhindert, dann wird er von der Leistung frei. Stirbt er gar, dann geht der Anspruch ganz unter, seine Erben sind nicht verpflichtet, die Arbeit für ihn zu leisten. Die Arbeitsleistung kann schließlich nicht erzwungen werden. Bereits daraus ergibt sich, wie unsicher der Anspruch auf Arbeit ist, und wie weitgehend auf diese Weise eine Schädigung der Gesellschaftsgläubiger eintreten kann. Arbeit ist deshalb bei gegenständlich beschränkter Haftung als Ersatz für die Leistung von Kapital nicht geeignet.

3. Arbeit als Beitrag bei den einzelnen Gesellschaften.

Die gefundenen zwei Prinzipien, aus denen sich die Zulässigkeit von Arbeit als Gesellschaftsbeitrag ergibt, sollen im folgenden auf die einzelnen Gesellschaften angewendet werden. Dabei ist es zweckmäßig, die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft zusammenfassend zu betrachten, desgleichen die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und daraufhin die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die stille Gesellschaft und die Genossenschaften einzeln zu prüfen.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft zeigen den gleichen rechtlichen Aufbau. Die letzteren sind Unterarten der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, zugeschnitten auf die besonderen Bedürfnisse des Handels (§ 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB.). Ihr grundsätzlich gleicher Aufbau rechtfertigt somit ihre gemeinsame Betrachtung. Diese Gesellschaften sind Personalgesellschaften. Bei ihnen steht jedem Gesellschafter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu, und zwar bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts allen Gesellschaftern gemeinsam, und bei der offenen Handelsgesellschaft und den Komplementären der Kommanditgesellschaft jedem Gesellschafter einzelnen. (§ 709 Abs. 1 BGB., §§ 114, 164 HGB.) Das Gesetz geht somit davon aus, daß jeder Gesellschafter in gleicher Weise befugt ist, an den Geschicken der Gesellschaft mitzuwirken. Jeder Gesellschafter ist der geborene Geschäftsführer. Die Mitglieder bilden also eine Arbeitsgemeinschaft. Der Charakter dieser Gesellschaften als Personalgesellschaften ergibt sich auch aus der engen persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter. Durch den Tod eines Gesellschafters wir die Gesellschaft aufgelöst (§ 727 BGB., § 131 Ziff. 4 HGB.). Die Übertragung des Geschäftsanteils ist grundsätzlich nicht möglich. Die Gewinnverteilung

richtet sich nicht nach dem Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern wird nach Kopfteilen bemessen. (§ 722 BGB., § 121 HGB.) Bei der offenen Handelsgesellschaft ist die Verteilung so geregelt, daß jeder Gesellschafter 4 v. H. seines Kapitalanteils erhält, denn soviel würde ihm auch zustehen, wenn er sein Geld anderweitig anlegen würde. Darüber hinaus erfolgt eine Verteilung des Gewinns nach Kopfteilen. Diese angeführten Bestimmungen mögen als Nachweis genügen, daß diese Gesellschaften zu den Personalgesellschaften gehören. Arbeit ist daher als Gesellschaftsbeitrag geeignet. Ebenso wenig zweifelhaft kann nach der vorausgegangenen Darstellung sein, daß bei diesen Gesellschaften die Haftungsart der Leistung von Diensten nicht entgegensteht, denn es gilt mit Ausnahme von den Kommanditisten das Prinzip der unbeschränkten persönlichen Haftung. Aber auch für die persönlich beschränkte Haftung wurde festgestellt, daß sie der Leistung von Arbeit als Beitrag nicht entgegensteht.

Bei der Kommanditgesellschaft trifft freilich der Satz, daß die Gesellschafter eine Arbeitsgemeinschaft bilden, nur auf die Komplementäre zu. Nach der gesetzlichen Ausgestaltung sind die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 164 HGB.). Der Kommanditist ist typischerweise an der Gesellschaft nur durch eine Vermögenseinlage beteiligt. Im übrigen ist aber der Kommanditist ebenso Gesellschafter wie die Komplementäre. Auf ihn finden deshalb auch sämtliche Vorschriften über die persönlich haftenden Gesellschafter Anwendung, soweit im Gesetz nicht eine andere Regelung getroffen ist (§ 105 Abs. 2 HGB.). Man wird deshalb auch entgegen der gesetzlichen typischen Ausgestaltung zulassen, daß der Kommanditist außer seiner Vermögenseinlage für die Gesellschaft Arbeit leistet, insbesondere zum Geschäftsführer bestellt werden kann[15]. Eine solche Regelung ist auch in der Praxis nicht selten. Man wird aber in solchen Fällen zu prüfen haben, inwieweit der Kommanditist seine Arbeit im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses leistet, oder ob er sie auf Grund eines besonderen Dienstvertrages, den er mit der Gesellschaft geschlossen hat, erbringt[16].

Deshalb hat die Frage, ob der Kommanditist neben seiner Vermögenseinlage Arbeit leisten kann, keine praktische Bedeutung erlangt gegenüber der Frage, inwieweit Arbeit in Anrechnung auf seine Vermögenseinlage zulässig ist. Die Lösung ist bereits oben bei den Ausführungen über die persönlich beschränkte Haftung entwickelt worden, auf die hier verwiesen werden kann. Der Kommanditist kann seine Vermögenseinlage abarbeiten, wenn sich die Werte, die der Gesellschaft zugeführt werden, in Geld schätzen lassen[17].

---

[15] RG. 110/418; Würdinger, a. a. O., S. 154.

[16] Über die Bedeutung dieser Unterscheidung vgl. S. 42 ff.

[17] H. M. Koenige, Handausg. d. HGB., § 161, Anm. 1; Ritter, Kommentar zum HGB., § 161, Anm. 2; Düringer-Hachenburg, Das HGB., II, 2, § 161, Anm. 8, S. 1075; Würdinger, a. a. O., S. 162; RG. 150/165 f.

Gegenüber der Zulassung von Diensten bei der Kommanditgesellschaft sind vor allem von Makower, Endemann und Ehrenberg Einwendungen erhoben worden. Makower[18] nimmt an, daß die Leistung von Arbeit zwar eine Einlage, aber keine Vermögenseinlage sei. Dies ergäbe sich aus der Denkschrift zum Entwurf des Handelsgesetzbuches, wonach mit Absicht die Formulierung, der Kommanditist hafte „mit dem Betrage einer bestimmten Vermögenseinlage", im Gegensatz zu der Fassung „mit einem bestimmten Betrage" gewählt worden sei, um anzudeuten, daß Arbeit nicht als Einlage geeignet ist.

Eine genaue Prüfung der Denkschrift[19] ergibt aber, daß Makower ein Irrtum unterlaufen ist. Die beiden angeführten Formulierungen sind nur im Hinblick auf die Frage abgewogen worden, ob die Einlage lediglich als Haftsumme Bedeutung hat, oder ob ihr auch interne Funktionen zukommen[20]. Diese auf einer irrtümlichen Auslegung der Gesetzesmaterialien fußende Ansicht kann daher nicht als durchschlagend angesehen werden.

Endemann[21] ist der Ansicht, daß durch die Leistung von Arbeit zur Kreditbasis der Gesellschaft nichts beigetragen werde. Diese Ansicht ist abzulehnen, weil die Kreditbasis der Kommanditgesellschaft nicht erst durch die tatsächliche Zuführung von Vermögenswerten in das Gesellschaftsvermögen vergrößert wird, sondern bereits durch die Erklärung nach außen, bis zu einem bestimmten Betrage haften zu wollen. Diese Erklärung liegt auch bei der Verpflichtung zur Leistung von Arbeit vor.

Ehrenberg[22] hält Dienstleistungen für ausgeschlossen, weil bei ihnen eine Schätzung auf einen bestimmten Betrag nicht möglich sei. Es ist aber oben bereits ausgeführt worden, daß eine Schätzung des Betrages in vielen Fällen vorgenommen werden kann. Nur dann, wenn eine Schätzung nicht möglich ist, kann Arbeit auch nicht Beitrag sein.

Für die Zulassung von Arbeit bei der Kommanditgesellschaft sprechen auch erhebliche soziale Gesichtspunkte. Es kommt nicht selten vor, daß der Prokurist eines Einzelunternehmens oder einer Personalgesellschaft für das Unternehmen wegen seiner besonderen Tüchtigkeit unentbehrlich ist. Das Unternehmen hat dann großes Interesse daran, den Prokuristen eng an das Unternehmen zu binden. Es kann dies am besten dadurch erreichen, daß es ihn als Gesellschafter beteiligt, indem der Prokurist zum Kommanditisten wird. Da er aber als bisheriger Angestellter oft über eigenes Kapital nicht verfügt, sondern lediglich auf seine Arbeitskraft angewiesen ist, kann er auch die Vermögenseinlage, zu der er sich nach außen verpflichten muß, dadurch nur im Innenverhältnis leisten,

[18] Makower, Kommentar zum HGB., § 161, Anm. I, c, 3.
[19] Denkschrift zum HGB., S. 3193.
[20] Ebenso Thomik, a. a. O., S. 42.
[21] Endemann, Handelsrecht, S. 168 ff.
[22] Ehrenberg, Beschränkte Haftung . . ., S. 378.

daß das Entgelt oder wenigstens ein Teil für seine Tätigkeit auf die Vermögenseinlage in Anrechnung gebracht wird. Damit ist sowohl den Interessen des Unternehmens Rechnung getragen, das sich einen wertvollen Mitarbeiter als Gesellschafter gesichert hat, es ist auch dem Interesse des Kommanditisten gedient, dem es so ermöglicht wird, vom Angestellten zum Mitunternehmer aufzusteigen. Da eine Schädigung der Gesellschaftsgläubiger auf diese Weise nicht eintritt, wird man eine solche Regelung in sozialer Hinsicht nur begrüßen können.

Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung können gleichfalls zusammenfassend betracht werden, da sie grundsätzlich den gleichen rechtlichen Aufbau zeigen. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist der Aktiengesellschaft nachgebildet, und zwar ist das kapitalistische Gefüge gelockert, aber doch nicht in den wesentlichen Punkten zerstört. Diese Gesellschaften sind Kapitalgesellschaften. Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis steht nicht den Mitgliedern zu, sondern dritten Personen, die sie auf Grund eines besonderen Arbeitsverhältnisses leisten. Das Band, das die Mitglieder umschlingt, ist somit sehr lose. Sowohl die Aktien als auch die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung lassen sich veräußern, ohne daß dies den Bestand der Gesellschaft berührt. Die Aktiengesellschaft ist sogar auf einen Wechsel ihrer Mitglieder eingestellt. Die Person des Gesellschafters ist eben bei diesen Gesellschaften unwesentlich. Der Tod eines Gesellschafters löst daher auch die Gesellschaft nicht auf. Auch die Gewinnverteilungen richten sich nicht nach der Person des Gesellschafters, sondern lediglich nach dem Anteil am Gesellschaftsvermögen. Schon daraus geht hervor, daß diese Gesellschaften zu den Kapitalgesellschaften gehören. Auch hier fragt es sich wieder, ob der Gesellschafter nicht im Innenverhältnis seine Einlage abarbeiten kann. Diese Frage ist bereits bei der Darstellung über das Wesen der beschränkten Haftung verneint worden. Die gegenständlich beschränkte Haftung, die bei diesen Gesellschaften gilt, steht der Leistung von Arbeit entgegen.

Dazu kommt, daß bei der Aktiengesellschaft die Beiträge der Mitglieder bilanzfähig sein müssen[23], und daß Arbeit nicht bilanzfähig ist. Die Einlagen müssen in der Bilanz aufgenommen werden. Aber nur materielle Gegenstände, z. B. Sachen, können dort erscheinen, weil sie bereits einen Verkehrswert haben. Alle die Gegenstände, die erst in Verbindung mit anderen vorhandenen materiellen Vermögensgegenständen einen Wert erhalten, sind nicht bilanzfähig, sondern nur die von ihnen hervorgebrachten reellen Werte. Dazu gehören Gebrauchs- und Nutzungsbefugnisse und auch Dienstleistungen. Auch ein Anschaffungs- und Herstellungspreis ist für Dienste nicht vorhanden, der gemäß § 133 Aktiengesetz in der Bilanz erscheinen muß. Arbeit ist deshalb bei der

[23] Rehm, Die Bilanzen, S. 14 ff.

Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht als Beitrag geeignet[24].

Für die im HGB. geregelte Aktiengesellschaft wurde in der Literatur vereinzelt die Ansicht vertreten, daß auch Arbeitsleistungen als Einlagen geeignet seien.

So führte Goldmann[25] aus, daß Arbeit als Beitrag deswegen zulässig sein müsse, weil das Gesetz von Einlagen, die nicht durch Barzahlung zu leisten sind, spreche. Es war richtig, daß aus dieser Fassung des Gesetzes sich die Unzulässigkeit von Arbeit noch nicht ergab. Diese folgte aber aus dem grundsätzlichen Aufbau der Aktiengesellschaft.

Rehm[26] machte geltend, daß die Zulässigkeit von Diensten der Auffassung kaufmännischer Kreise entspreche. Er wies auch darauf hin, daß im Ausland durch die sogenannten Arbeitsaktien[27] Arbeit als Beitrag zugelassen werde. Arbeit als Beitrag würde auch der kapitalistischen Struktur der Gesellschaft nicht widersprechen, seitdem Nebenleistungen bei der Aktiengesellschaft eingeführt sind.

Diese Gründe sind nicht überzeugend. Der angeblichen Auffassung kaufmännischer Kreise stand die kapitalistische Struktur der Gesellschaft entgegen, die im übrigen auch im neuen Aktiengesetz keine grundsätzliche Wandlung erfahren hat. Die Durchbrechung dieser Struktur durch die Nebenleistungen ist nur bedingt richtig, denn die Nebenleistungen stehen eben nur neben dem kapitalistischen Grundgefüge, während die Zulassung von Arbeit den Charakter der kapitalistischen Hauptleistungen, der Beiträge, selbst ändern würde.

Für das neue Aktiengesetz ergibt sich bereits aus der positiven gesetzlichen Regelung, daß Arbeit als Gesellschaftsbeitrag nicht geeignet ist. In § 20 des Gesetzes heißt es: „Sollen Aktionäre Einlagen machen, die nicht durch Einzahlung des Nennbetrages oder des höheren Ausgabebetrages der Aktien zu leisten sind (Sacheinlagen) . . ., so sollen in der Satzung festgesetzt sein der Gegenstand der Sacheinlage oder der Sachübernahme." Aus dieser Fassung des Gesetzes folgt, daß an Stelle von Geldeinlagen nur noch Sacheinlagen zugelassen sind. Damit ergibt sich der Ausschluß aller Dienstleistungen, die als persönliche Leistungen im scharfen Gegensatz zu allen Sachleistungen stehen[28].

Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde nur im früheren

---

[24] Bei der im HGB. geregelten AG. h. M. Wieland, a. a. O., S. 495, Anm. 20; R. Fischer, in Ehrenbergs Hdb., III. Bd., 1. Abt., S. 123; Makower, a. a. O., § 178, Anm. III; RG. 21/156. Bei der G. m. b. H. h. M.: Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenbergs Hdb., III, 3, S. 107 ff.; Brodmann, G. m. b. H.-Gesetz, § 5, Anm. 4.

[25] Goldmann, Handelsrecht, § 186, Anm. 10.

[26] Rehm, Die Bilanzen, S. 12 ff.

[27] Arbeitsaktien sind z. B. in Frankreich durch das Gesetz vom 26. 4. 1917 zugelassen worden. Vgl. Thomik, S. 48.

Schrifttum vereinzelt die Meinung vertreten, daß die Leistung von Arbeit als Beitrag geeignet sei.

Birkenbihl[29] begründete diese Auffassung damit, daß das Gesetz in § 3 Abs. 2 die Möglichkeit vorsehe, den Gesellschaftern noch andere Leistungen als Kapitalleistungen aufzuerlegen. Diese Ansicht war irrig. In § 3 Abs. 2 ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die anderen Verpflichtungen außer der Leistung von Kapitalbeiträgen auferlegt werden. Daraus folgt, daß ein Kapitalbeitrag auf jeden Fall geleistet werden muß, und daß daher die Übernahme der anderen Verpflichtungen nur neben den Kapitalbeiträgen zugelassen wird, so daß für diese Leistungen sich die charakteristische Bezeichnung „Nebenleistungen" herausgebildet hat.

Es besteht auch gerade bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung kein wirtschaftliches Bedürfnis, Arbeit als Beitrag zuzulassen. Durch die Einführung von Nebenleistungen trägt das Gesetz selbst der wirtschaftlichen Notwendigkeit Rechnung, die Arbeitskraft des Gesellschafters an die Gesellschaft zu binden. Der Gesellschafter kann deshalb seine Arbeit als Nebenleistung im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses erbringen. Die Vorschriften über die Aufbringung der Stammeinlage bleiben davon unberührt. Die Haftungsgrundlage der Gesellschaft darf durch die Vornahme anderer Leistungen als Kapitalleistungen nicht geschmälert werden. Für die volle Aufbringung des Stammkapitals spricht um deswillen noch ein größeres Bedürfnis der Gesellschaftsgläubiger als bei der Aktiengesellschaft, weil der Gründungsvorgang keiner so strengen Nachprüfung unterliegt wie bei dieser, so daß die Gefahr der Schwindelunternehmungen verhältnismäßig groß ist[30].

Einer kurzen Sonderdarstellung bedarf die Kommanditgesellschaft auf Aktien. In dieser Gesellschaft sind die beiden gegensätzlichen Typen der Personal- und der Kapitalgesellschaft miteinander vereinigt. Daher untersteht auch jeder der beiden verschiedenen Bestandteile dem Recht des ihm zugehörenden Gesellschaftstyps. Die Komplementäre vertreten die individualistisch aufgebaute Gesellschaft. Für sie gilt daher das Recht der Kommanditgesellschaft (§ 219 Aktiengesetz). Sie sind die geborenen Geschäftsführer der Gesellschaft. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft erbringen sie ihre Arbeit nicht als dritte Personen auf Grund eines besonderen Dienstvertrages, sondern im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses in ihrer Stellung als persönlich haftende Gesellschafter. Die Sondervorteile, die ihnen auf Grund ihrer Tätigkeit gewährt werden, sind freilich in der Satzung aufzunehmen (§ 222 Abs. 3 Aktiengesetz). Da-

[28] Koenige, Aktiengesetz, § 20, Anm. 4, S. 38; Schlegelberger-Quassowski, Aktiengesetz, § 20, Anm. 5, S. 172.

[29] Birkenbihl, Das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 5, Anm. 7.

[30] Vgl. Gierke, J., Handelsrecht, S. 411. „Die G. m. b. H. erwies sich als die leicht geschürzte Tochter der AG."

neben steht es ihnen frei, sich entweder durch eine Einlage auf das Grundkapital als Aktionäre zu beteiligen oder außerhalb des Grundkapitals besondere Einlagen zu leisten (§ 222 Abs. 2 Aktiengesetz). Beteiligen sie sich nur als Aktionäre, dann gilt für sie insoweit dasselbe wie für alle Kommanditaktionäre (vgl. unten). Leisten sie sonstige Einlagen, dann müssen diese besonders in der Satzung aufgeführt werden. Auch diese Einlagen müssen bilanzfähig sein, weshalb Dienstleistungen ausgeschlossen sind[31]. Doch kommt der Frage, ob man Dienstleistungen zulassen soll, kaum praktische Bedeutung zu, da der persönlich haftende Gesellschafter fast immer Geschäftsführungstätigkeit verrichtet, weshalb kein Bedürfnis vorliegt, die Tätigkeit noch als besondere Einlageleistung zu erbringen.

Den kapitalistischen Gesellschaftstyp vertreten die Kommanditaktionäre. Sie unterstehen, von wenigen Vorschriften abgesehen, ausschließlich dem Rechte der Aktiengesellschaft (§ 219 Abs. 3 Akt.-Ges.). Daher können sie zum Grundkapital allein kapitalistische Beiträge leisten. Der für die Aktiengesellschaft entwickelte Grundsatz, daß Arbeit nicht Beitrag sein kann, gilt deshalb auch für sie.

Eine stille Gesellschaft liegt vor, wenn sich jemand mit einer Vermögenseinlage an dem Handelsgewerbe eines anderen beteiligt (§ 335 HGB.). Die stille Gesellschaft ist, wie ihr Name bereits auch sagt, Gesellschaft[32]. Auch bei ihr versprechen die Gesellschafter, die Angelegenheiten der Gesellschaft zu ihren gemeinsamen Angelegenheiten zu machen. Jeder Gesellschafter hat ein unabdingbares Mindestmaß von Kontrollrechten gemäß § 338 HGB.

In zwei wesentlichen Punkten unterscheidet sich die stille Gesellschaft von den Personalgesellschaften. Die Gesellschafter bilden keine sachenrechtliche Gemeinschaft. Es gibt kein zur gesamten Hand gebundenes gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen, sondern der Beitrag des Stillen fließt ohne weiteres in das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes (§ 335 Abs. 1 HGB.). Der stille Gesellschafter ist nur obligatorisch am Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes beteiligt. Andererseits ist die stille Gesellschaft reine Innengesellschaft. Sie hat keine eigene Firma und tritt nach außen als Gesellschaft nicht hervor (§ 335 Abs. 2 HGB.). Zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgewerbes besteht daher typischerweise keine Arbeitsgemeinschaft.

Die stille Gesellschaft ist daher weder nach dem Prinzip der persönlichen Mitarbeit der Mitglieder, noch nach dem Prinzip der Arbeit durch

---

[31] Schreiber, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, S. 51; Schlegelberger-Quassowski, § 222, Anm. 2.

[32] Es finden im Zweifel die Vorschriften über die Gesellschaft des BGB. Anwendung. JW. 1912, S. 463.

dritte Personen aufgebaut. Für die Entscheidung der Frage der Zulässigkeit von Arbeit kann allein als wesentlich angesehen werden, daß der Stille irgend etwas zur Förderung des Handelsgewerbes des anderen beiträgt. Dieses Etwas nennt das Gesetz Vermögenseinlage. Es wird also darauf ankommen, ob man unter Vermögenseinlage auch Arbeit verstehen kann. Diese Frage muß bejaht werden, da dem Inhaber des Handelsgeschäftes durch die Leistung von Arbeit tatsächlich Werte zugeführt werden. Arbeit ist zwar kein Vermögensgegenstand, aber das Vermögen wird doch mittelbar durch die Leistung von Arbeit vermehrt. Für die Leistung der Arbeit wird der Gesellschafter am Gewinn beteiligt. Es entspricht in den meisten Fällen nicht dem Parteiwillen, daß diese Arbeitsleistung noch besonders als Einlage gebucht wird; durch die Beteiligung am Gewinn muß die Leistung von Arbeit als abgegolten gelten[33]. Es kann freilich auch anders vereinbart werden. Durch die Leistung von Arbeit wird der Zweck der Gesellschaft, die Förderung des Handelsgewerbes des anderen Gesellschafters, erreicht. Zuzugeben ist, daß das Gesetz als typische Einlage die Geldeinlage ansieht, und daß es seine ganze Regelung auf diesen Fall zuschneidet. Zwingende Vorschriften, die der Zulässigkeit von Diensten entgegenstehen, hat das Gesetz aber nicht getroffen[34].

Auch von der Seite des Haftungsprinzips aus stehen der Zulässigkeit von Arbeit keine Bedenken entgegen. Da die stille Gesellschaft reine Innengesellschaft ist, tritt das Gesellschaftsverhältnis nach außen nicht hervor. Die Gläubiger des Inhabers des Handelsgewerbes können daher keinen Anspruch auf Erhöhung des Haftungsobjektes durch Leistung einer Vermögenseinlage geltend machen. Ob der stille Gesellschafter eine Einlage leistet, muß ihnen gleich sein. Sie sind an der Leistung der Einlage nur bei der Liquidation der Gesellschaft interessiert. In diesem Falle kann der stille Gesellschafter gemäß § 340 HGB. Auszahlung des ihm gebührenden Betrages verlangen. Die Gläubiger wären dann geschädigt, wenn er dem Handelsgewerbe des anderen wirkliche Vermögenswerte nicht zugeführt hätte. Dasselbe gilt für den Konkurs des anderen, in dem der Stille seine Forderung, soweit sie den auf ihn fallenden Anteil am Verlust übersteigt, als Konkursgläubiger geltend machen kann (§ 341 HGB.). Eine solche Gefahr der Schädigung der Gesellschaftsgläubiger ist bei Leistung von Arbeit nicht vorhanden, da in diesem Falle dem Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes wirkliche Werte zugeführt werden. Der stille Gesellschafter kann im Falle der Auflösung der Gesellschaft seine Einlage in Höhe der Summe des geleisteten Arbeits-

---

[33] Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 337, Anm. 4.

[34] Für Zulässigkeit h. M.: Düringer-Hachenburg, a. a. O., § 335, Anm. 7; Koenige, a. a. O., § 335, Anm. 4, Abs. 3; Würdinger, a. a. O., S. 168, RG. 142/21.

entgeltes nach Berechnung von Gewinn und Verlust zurückfordern, ohne daß dadurch die Gesellschaftsgläubiger einen Schaden erleiden.

Die Genossenschaft ist eine Gesellschaft, deren Zweck sich auf die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder richtet (§ 1 Genossenschaftsgesetz). Bei ihr ist der Gedanke besonders stark ausgeprägt, daß das einzelne Mitglied in seiner Eigenschaft als Person und nicht nach seinem Kapitalanteil zu bewerten ist. Trotzdem ist die Genossenschaft keine Personalgesellschaft im üblichen Sinne. Sie baut sich nicht auf der persönlichen Mitarbeit ihrer Mitglieder auf. Das zeigt sich insbesondere darin, daß die für die Gesellschaft notwendige Arbeit von besonderen Geschäftsführern verrichtet wird. Die Genossenschaft ist daher zur juristischen Person ausgestaltet (§ 17 Genossenschaftsgesetz), andererseits steht die Genossenschaft in scharfem Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften. Eine Entscheidung der Frage auf Grund dieser Einteilung der Gesellschaften ist also nicht möglich. Das Gesetz gibt in diesem Falle selbst die Lösung, indem es in § 7 Ziff. 2 Gen.-Ges. vorschreibt, daß die Genossen Einzahlungen auf den Geschäftsanteil zu leisten haben. Unter Einzahlungen können nur Geldleistungen verstanden werden. Der Gesetzgeber wollte der Genossenschaft auf diese Weise eine gewisse Kapitalbasis für ihren Geschäftsbetrieb geben. Das Gesetz läßt aus diesem Grunde überhaupt nur Geldleistungen zu. Sowohl Sach- als auch Dienstleistungen sind ausgeschlossen[35]. Die Genossenschaft kann sich nur in der Weise der Mitarbeit der Genossen versichern, daß diese ihre Arbeiten als Nebenleistung beizutragen haben.

III. Das Rechtsverhältnis des arbeitleistenden Gesellschafters.

1. Das Rechtsverhältnis des beitragleistenden Gesellschafters im allgemeinen.

Die Frage nach der Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen dem Gesellschafter, der Arbeit als Beitrag leistet, und der Gesellschaft[36] läßt sich in zwei Teilfragen auflösen, nämlich in die Frage nach der Rechtsnatur des Verhältnisses des beitragleistenden Gesellschafters zu der Gesellschaft überhaupt und in die Frage der Eigenart dieses Rechtsverhältnisses, wenn gerade Arbeit die Beitragsleistung des Gesellschafters bildet.

[35] Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 375; Crüger-Crecelius, Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, § 7, Anm. 25; Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft, S. 145, Anm. 1; Rieß in Ehrenbergs Hdb. III, S. 33 ff., 159.

[36] Unter Gesellschaft soll im folgenden die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts verstanden werden.

Auf die Frage nach der Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen dem beitragleistenden Gesellschafter und der Gesellschaft muß notwendigerweise zuerst eingegangen werden.

Der Gesellschafter, der an die Gesellschaft einen Beitrag leistet, erfüllt damit eine Verpflichtung, die aus seiner Stellung als Mitglied der Gesellschaft erwächst. Einen Beitrag kann immer nur ein Gesellschafter leisten, nicht dagegen eine dritte Person, denn in der Beitragsleistung liegt die Erfüllung der mitgliedschaftlichen Verpflichtung, etwas zur Förderung der Gesellschaftszwecke beizutragen. Daraus folgt, daß das Rechtsverhältnis des beitragleistenden Gesellschafters immer nur als Teilrechtsverhältnis in dem Gesamtrechtsverhältnis der Mitgliedschaft betrachtet werden kann. Es ist somit notwendig, die Rechtsnatur der Mitgliedschaft und damit auch der Gesellschaft überhaupt in ihrem Wesen zu erfassen.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts steht im Bürgerlichen Gesetzbuch unter den einzelnen Schuldverhältnissen. Es möchte daher auf den ersten Blick so scheinen, als ob die Gesellschaft ein typisch ausgestaltetes Schuldverhältnis sei, das mit dem Kauf, der Miete usw. auf einer Stufe steht. Eine solche Auffassung würde aber dem Wesen der Gesellschaft nicht gerecht werden. Die Gesellschaft ist nicht nur ein Schuldverhältnis, sondern zugleich personenrechtliche Gemeinschaft, d. h. ein Rechtsverhältnis, bei dem die Beteiligten durch ein ihre Persönlichkeit selbst ergreifendes Rechtsverhältnis verbunden sind[37]. Dies wird im Schrifttum auch fast allgemein anerkannt[38].

Da die Gesellschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch unter den gegenseitigen Verträgen erscheint, fragt es sich, durch welches schuldrechtliche Tatbestandsmerkmal sie sich von den anderen schuldrechtlichen Entstehungstatbeständen unterscheidet, da aus einem typischen schuldrechtlichen Entstehungstatbestande immer nur ein typisches Schuldverhältnis, nicht aber ein personenrechtliches Verhältnis entstehen kann. Es liegt nahe, dieses für die Gesellschaft charakteristische Tatbestandsmerkmal in dem gemeinsamen Zwecke zu sehen, zu dessen Förderung sich die Gesellschafter gemäß § 705 BGB. verpflichten, denn ein solches Tatbestandsmerkmal ist bei keinem anderen Schuldverhältnis vorhanden[39].

Ein Zweck oder eine Angelegenheit kann für einen Menschen ein eigener Zweck, ein fremder Zweck oder ein gemeinsamer Zweck sein.

---

[37] Gierke, O., Deutsches Privatrecht, I, S. 660 ff.

[38] Staudinger, a. a. O., Vorbem. zu § 705 IV; Enneccerus, Lehrbuch des bürg. Rechts, II, S. 599; Geiler, in Düringer-Hachenburg, II, Anm. 7; Haude, Die Durchführung der Vorschriften über die gegenseitigen Verträge . . ., S. 6; Cloß, Die Doppelnatur der Gesellschaft des bürg. Rechts, S. 10 ff.

[39] Staudinger, a. a. O., Vorbem. zu § 705 II, 5a; Geiler, a. a. O., Anm. 15; Haude, a. a. O., S. 13; Wolkewitz, Ist die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag?, S. 2; Beyerle, a. a. O., S. 1 ff.

Um einen eigenen Zweck wird es sich handeln, wenn der Mensch selbst Herr der Geschäfte ist, die der Förderung dieses Zweckes dienen sollen. Herr der Geschäfte ist er dann, wenn ihm die Vornahme rechtlich zusteht und sie durch seinen eigenen Willensentschluß zustandekommt und durchgeführt wird. Alle Tätigkeit dagegen, die ein Mensch vornimmt, um dadurch Zwecke zu fördern, die für einen anderen Menschen eigene Zwecke sind, bedeuten für ihn die Förderung fremder Zwecke. Nicht er ist Herr der Geschäfte, sondern derjenige, dem die Führung des Geschäftes an sich zusteht und dessen Willen er notwendigerweise seine Tätigkeit unterwerfen muß.

Zum gemeinsamen Zweck kann ein Zweck dann werden, wenn mehrere Personen vereinbaren, daß Geschäftsherr für alle Geschäfte, die der Erreichung eines bestimmten Zweckes dienen sollen, alle Personen in ihrer Gesamtheit sind. Als Geschäftsherr für diese gemeinsamen Angelegenheiten unterstehen alle Geschäfte auch dem Willen der Gesamtheit der Gesellschafter.

Der Verpflichtung mehrerer Personen, einen gemeinsamen Zweck zu fördern, bedeutet somit von der Seite der Geschäftsführung aus betrachtet, daß sie sich verpflichten, gewisse Angelegenheiten zu ihren gemeinsamen Angelegenheiten zu machen, indem sie alle Geschäfte, die diesem gemeinsamen Zwecke dienen, gemeinsam vornehmen[40]. Es darf also kein Gesellschafter in diesen gemeinsamen Angelegenheiten allein handeln, sondern alle Gesellschafter zusammen. Auf diese Weise wird eine Gemeinschaftssphäre gebildet, in der nicht mehr der Wille des Einzelnen, sondern der Wille aller Geltung hat. Die Beteiligten haben so durch ihr Versprechen, gewisse Angelegenheiten zu gemeinsamen Angelegenheiten zu machen, eine personenrechtliche Gemeinschaft gebildet. Für diese gelten die klassischen Worte Gierkes[41]: „Das Wesen der personenrechtlichen Gemeinschaft beruht auf der rechtlichen Ordnung des Zusammenhanges, der das Fürsichsein der Menschen in einem bestimmten Bereiche aufhebt und durch Verbundenheit ersetzt. Von den verbundenen Personen löst sich kein selbständiges soziales Lebewesen mit eigener Persönlichkeit ab. Allein in ihre Lebensordnung tritt ein Stück gemeinsamer Lebensordnung ein. So ergibt sich eine von der Sondersphäre der Beteiligten rechtliche verschiedene Gemeinschaftssphäre, als deren Träger die verbundenen Personen eine Personeneinheit darstellen. Innerhalb der Gemeinschaft herrscht insoweit statt getrennter Einzelwillen ein durch Verschmelzung der Willensgebiete geeinigter Gemeinschaftswille."

Neben dieser personenrechtlichen Seite der Gesellschaft steht ihre schuldrechtliche Natur. Gemäß § 705 BGB. verpflichten sich die Gesellschafter, die Zwecke der Gesellschaft zu fördern, insbesondere die verein-

[40] Schafheutle, Der Gesellschaftsbegriff . . ., S. 29.
[41] Gierke, O., Deutsches Privatrecht I, S. 660 f.

barten Beiträge zu leisten. Aus dieser Fassung folgt, daß die Leistung von Beiträgen nicht begriffswesentlich ist, sondern das die bloße Erklärung zur Förderung der Gesellschaftszwecke genügen kann[42]. Als Beitrag ist jedes Mittel geeignet, das Leistungsgegenstand in einem Schuldverhältnis sein kann. Mit dieser Abstraktheit des Leistungsinhaltes unterscheidet sich die Gesellschaft scharf von allen Austauschverträgen[43].

Der Unterschied zu diesen liegt noch in einem weiteren wesentlichen Punkte. Bei den gegenseitigen Verträgen ist das Merkmal der Gegenseitigkeit darin zu sehen, daß jede der Parteien sich zu einer unmittelbaren Leistung an die andere Partei verpflichtet, damit auch diese sich zu einer entsprechenden Leistung an sie verpflichte. Das entstehende Rechtsverhältnis hat also den unmittelbaren Austausch von Leistungen beider Parteien zum Inhalt[44]. Bei der Gesellschaft gibt es eine solche Gegenseitigkeit nicht. Die Gesellschafter versprechen einander, etwas an die mit diesem Versprechen zur Entstehung kommende personenrechtliche Gemeinschaft als die Gesamtheit der Gesellschafter zu leisten, die rechtlich als Einheit erscheint[45]. Man könnte die Gegenseitigkeit bei der Gesellschaft nur darin sehen, daß die Gesellschafter Verpflichtungserklärungen abgeben, wodurch eine Gemeinschaftsorganisation geschaffen wird. Die Ansprüche auf die Beiträge müssen deshalb der Gesellschaft, d. h. den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zustehen, nicht dagegen den einzelnen Gesellschaftern. Daneben hat aber auch der einzelne Gesellschafter das Recht, Leistung an die Gesellschaft zu verlangen, da er ähnlich wie bei dem Vertrage zugunsten Dritter der Versprechensempfänger für die an die Gesellschaft zu erbringende Leistung ist[46].

Auf Grund dieser Auffassung über die Verpflichtungserklärungen der Gesellschafter ergibt sich, daß durch die Errichtung der Gesellschaft in erster Linie Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft als solcher und den einzelnen Gesellschaftern entstehen[47]. Es wird somit die Auffassung vertreten, daß die Gesellschafter nicht nur nach außen, sondern auch nach innen in ihrer Verbundenheit eine Einheit bilden, die sich in einer Willensgemeinschaft und einem gemeinschaftlichen Gesellschaftsvermögen

---

[42] h. M.: z. B. Geiler, a. a. O., Anm. 98.

[43] Enneccerus, a. a. O., II, S. 606 f.; Wieland I, a. a. O., S. 538 ff.; Geiler, a. a. O., Anm. 55.

[44] Über den Begriff der Gegenseitigkeit vgl. Geiler, a. a. O., Anm. 42; Enneccerus, a. a. O., S. 605; Vierneusel, Inwieweit finden auf das Gesellschaftsverhältnis . . ., S. 14; Haude, a. a. O., S. 13; Würdinger, a. a. O., S. 42; Wieland, a. a. O., S. 463 ff.

[45] Cloß, a. a. O., S. 24.

[46] Schafheutle, a. a. O., S. 53; Würdinger, a. a. O., S. 48.

[47] Welcher Art die Rechtsbeziehungen im Gesellschaftsverhältnis zwischen den einzelnen Gesellschaftern sind, braucht hier nicht erörtert zu werden.

ausprägt[48]. Bezeichnet man die Rechtsbeziehungen zwischen der Gesamtheit der Gesellschafter und dem einzelnen Gesellschafter wie bei den Gesellschaften mit Vereinscharakter als Mitgliedschaft, so ist das Beitragsverhältnis wieder eine Teilrechtsbeziehung im Rahmen der Mitgliedschaft.

Die Gesellschaft des BGB. steht deshalb nicht im unüberbrückbaren Gegensatz zu den Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, sondern sie ist in gewissem Umfange selbst als rechtlich anerkannte Personeneinheit zu werten. Bei ihr ist nur der Einheitsgedanke gegenüber dem Vielheitsgedanken in unvollständiger Form ausgeprägt. In der Stufenleiter der menschlichen Personenvereinigungen steht sie wegen ihrer nur losen Organisation auf unterster Stufe, weshalb ihre verbandsrechtliche Natur bisweilen zu Unrecht geleugnet wird[49].

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gehört deshalb nicht in erster Linie in die Ebene des Schuldrechts, sondern wegen ihrer personenrechtlichen Natur in die des Rechtes der Personenvereinigungen. Schuldrechtlich ist lediglich der Entstehungstatbestand. Die Gesellschaft wird auf Grund eines besonderen schuldrechtlichen Vertrages errichtet, der aber nicht zu den gegenseitigen Verträgen zählt.

Mit dieser Auffassung von der Gestaltung der Gesellschaft ist zugleich eine ablehnende Stellung zu der Meinung eingenommen, daß die Gesellschaft zu den sogenannten gemischten Verträgen gehört[50]. Unter einem gemischten Vertrage wird ein Vertrag verstanden, bei dem verschiedene gesetzlich geregelte Tatbestände zu einem neuen nicht oder nicht vollständig geregelten Vertrage vereinigt sind[51]. Die Gesellschaft ist deshalb kein gemischter Vertrag, weil bei ihr bereits gesetzlich der Einbau schuldrechtlicher Elemente verschiedensten Inhaltes durch die Zulassung von Beiträgen festgelegt ist. Durch diesen Einbau eines schuldrechtlichen Elementes ist nicht ein Gemisch zweier verschiedener Vertragstypen entstanden, sondern ein einheitliches Rechtsverhältnis, das zu den personenrechtlichen Verhältnissen zählt. Man kann die schuldrechtlichen Verpflichtungen der Gesellschafter, nämlich die allgemeine Verpflichtung zur Förderung der Gesellschaftszwecke, insbesondere aber zur Leistung eines Beitrages, als quasi obligatorische Verpflichtungen bezeichnen, die in die Mitgliedschaft eingebaut sind[52]. Die Mitgliedschaft ist

---

[48] Gierke, J., Neuzeitliche Ergänzungen zum Lehrbuch des Handels- und Schiffahrtsrechtes, S. 31.

[49] Wieland, a. a. O., S. 396 ff.; Klausing, Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen . . ., S. 157 ff.; Cloß, a. a. O., S. 12; Fischer, Robert, Die Haftung des Gesellschafters . . ., S. 39.

[50] Hoeniger, a. a. O., S. 45 ff., 168 ff.

[51] Staudinger, a. a. O., Vorbem. zu § 705 IIb; Enneccerus, a. a. O., S. 339.

[52] Kisch, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 22, S. 43 ff.

selbst wiederum ein Grundlageverhältnis, aus dem obligatorische, persönliche und schuldrechtliche Verpflichtungen erwachsen können[53]. Auf das Beitragsverhältnis als quasi obligatorische Beziehung im Rahmen der Mitgliedschaft gilt es näher einzugehen[54]. Die Gesellschafter, d. h. die Mitglieder in ihrer Verbundenheit sind die Gläubiger und der Gesellschafter ist der Schuldner. Quasiobligatorisch ist diese Beziehung deswegen, weil sie nur im Rahmen der Mitgliedschaft entstehen kann, also eine mitgliedschaftliche Verpflichtung ist, und weil daher auch die Gesellschaft streng genommen nicht Gläubiger im Sinne des Schuldrechts ist, sondern die dem einzelnen Gesellschafter als Einheit gegenübertretende Gesamtheit aller Gesellschafter. Die Erklärung für diese eigenartige Gestaltung der Mitgliedschaft als Grundlageverhältnis für typisch ausgestaltete Einzelrechtsverhältnisse ist darin zu suchen, daß die Mitgliedschaft in einem privatrechtlichen Verbande entsprechend dem Zweck, dem der Verband zu dienen bestimmt ist, auch mit entsprechendem Inhalt erfüllt werden kann. Die Mitgliedschaft ist deshalb ein Rahmenverhältnis, das durch den Einbau typisch ausgestalteter Einzelrechtsverhältnisse neben seinem charakteristischen Inhalt die verschiedensten Gestaltungen annehmen kann[55].

Auf das Einzelrechtsverhältnis findet daher in erster Linie Gesellschaftsrecht Anwendung. Erst soweit eine gesellschaftsrechtliche Regelung nicht vorhanden ist, können die Bestimmungen des eingebauten Spezialrechtsverhältnisses angewendet werden. So ist auch eine Anwendung der Vorschriften über die gegenseitigen Verträge in gewissem Umfange möglich[56]. Dem Gesellschafter kann auch für seine Beitragsleistung eine unmittelbare Vergütung versprochen werden. Der Gesellschafter ist dann nicht auf seinen Gewinnanteil beschränkt, sondern erhält außerdem den Anspruch auf eine Gegenleistung. Bei dieser Gestaltung des Beitragsverhältnisses ist die Verwandtschaft mit den Schuldverhältnissen besonders deutlich. Aber die Vergütung, die der Gesellschafter für seine Beitragsleistung erhält, ist gleichfalls gesellschaftlicher Art. Das gesamte Beitragsverhältnis fällt in den gesellschaftlichen Zuständigkeitsbereich[57]. Auch insoweit findet deshalb Sozialrecht Anwendung.

---

[53] Haff, Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, S. 211 f.; Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft, S. 128; Gierke, Deutsches Privatrecht, III, S. 54; Siber, Jher. Jahrb., Bd. 70, S. 228.

[54] Über andere quasiobligatorische Beziehungen in der Gesellschaft vgl. Geiler, a. a. O., Anm. 84.

[55] Kisch, a. a. O. S. 49.

[56] Über die Anwendung der Vorschriften über die gegenseitigen Verträge vgl. Enneccerus, a. a. O., S. 605; RGRK. § 705, Anm. 4; Vierneusel, a. a. O., S. 11 ff.; Cloß, a. a. O., S. 41 ff.; Wolkewitz, a. a. O., S. 11 ff.; Haude, a. a. O., S. 19 ff.

[57] Wieland, a. a. O., S. 839 f.; Würdinger, a. a. O., S. 67.

2. Das Arbeitsverhältnis.

Die Frage nach der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses gehört zu den Grundfragen des Arbeitsrechts und hat daher auch im Schrifttum der letzten Jahre eine besonders eingehende Behandlung erfahren[58]. Eine abschließende wissenschaftliche Klärung dieses Rechtsgebildes ist bisher noch nicht erreicht[59]. Es bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten, die auch zu verschiedenen Ergebnissen in der praktischen Anwendung führen. Im Rahmen dieser Abhandlung kann eine eingehende Auseinandersetzung mit dem gesamten Fragenkomplex nicht vorgenommen werden. Es wird auf die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses unter Benutzung des neuesten Schrifttums nur insoweit eingegangen, als dies im Hinblick auf die im nächsten Abschnitt erfolgende Untersuchung über die Abgrenzung von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis notwendig ist.

Grundtatbestand des Arbeitsrechtes ist die Leistung persönlich abhängiger Arbeit[60]. Der zur Arbeit Verpflichtete, der Arbeitnehmer, hat den Befehlen oder Weisungen des Berechtigten, des Arbeitgebers in bezug auf die Ausführung der Arbeit nachzukommen, er ist ihm zu persönlichem Gehorsam verpflichtet[61]. Das Arbeitsverhältnis ist deshalb das Rechtsverhältnis, kraft dessen der Arbeitnehmer zur Leistung persönlich abhängiger Arbeit, der Arbeitgeber zur Zahlung des Entgeltes verpflichtet ist[62]. Ein solches Arbeitsverhältnis kommt durch eine dahingehende Einigung der Parteien, die man als Arbeitsvertrag bezeichnen kann, zustande[63]. Der Arbeitsvertrag steht in enger Beziehung zum Dienstvertrage des BGB. Auch bei diesem ist der Hauptinhalt der Vertragspflichten die Leistung von Diensten bzw. die Zahlung von Entgelt. Beim Dienstvertrage aber steht der Verpflichtete in bezug auf die Ausführung der Arbeit selbständig da, ein Befehlsrecht des Dienstberechtigten gibt es nicht. Man kann deshalb die Vorschriften des Dienstvertrages auch auf den Arbeitsvertrag insoweit anwenden, als diese sich allein aus der Tatsache ableiten, daß überhaupt jemand für einen anderen Arbeit leistet. Im übrigen finden auf den Arbeitsvertrag die besonderen Bestimmungen des Arbeitsrechtes Anwendung.

---

[58] Vgl. die Schrifttumsangaben bei Siebert, Deutsches Arbeitsrecht, 1937, S. 14 ff.

[59] Vgl. Siebert, JW. 1937, S. 1103.

[60] Vgl. Henschel, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 299; Klotz, Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 226 ff.; Siebert, Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 95; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechtes, I, S. 3; Kaskel, Arbeitsrecht, S. 23; Nikisch, Arbeitsrecht, 1. Halbbd., S. 1; Lange, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, S. 26; Wagner, Die Einwirkung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung..., S. 118.

[61] RAG. 18, 141.

[62] Nipperdey, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 142 ff.

[63] Mansfeld, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 125.

Im Arbeitsverhältnis treten die Beteiligten wegen der Leistung persönlich abhängiger Arbeit in besonderer Weise in ein enges Gemeinschaftsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis ist deshalb nicht als schuldrechtliches Austauschverhältnis, sondern in erster Linie als personenrechtliches Verhältnis aufzufassen.

Unter den personenrechtlichen Verhältnissen werden diejenigen Rechtsverhältnisse verstanden, in denen die Beteiligten auf Grund einer rechtlichen Verpflichtung an einem bestimmten Zwecke in der Weise zusammenwirken, daß jeder seine eigene persönliche Kraft und Fähigkeiten in engster Zusammenarbeit mit den anderen diesem Zwecke widmet, so daß alle Angelegenheiten, die mit der Erreichung dieses Zweckes in Zusammenhang stehen, einem einheitlichen Willen unterworfen sind[64]. Das personenrechtliche Verhältnis, auch Einheitsverhältnis oder Gewaltverhältnis genannt, bringt somit die Beteiligten in ein besonders enges Gemeinschaftsverhältnis. In ihm muß notwendigerweise, da es einen einheitlichen Organismus bildet, ein Wille maßgebend sein. Es liegt im Wesen des Einheitsverhältnisses, daß der Wille desjenigen entscheidend ist, der auch den Zweck des Einheitsverhältnisses gesetzt hat, da er auch derjenige ist, demgegenüber die rechtliche Verpflichtung erfolgt. Als der Bestimmende für diesen Zweck hat er die rechtliche Durchführung des Zweckes zu bestimmen und zu überwachen. Seinen Willen kann er durch das für jedes Einheitsverhältnis charakteristische Mittel durchsetzen. Die Art der Mittel, ebenso wie der Umfang der rechtlichen Gewalt des Bestimmenden ergibt sich aus der Art des Zweckes, insbesondere ob ein öffentlicher Zweck oder ein privater verfolgt wird. Die Durchsetzung der Befehle kann daher vom Zwang bis zur Durchsetzung im Wege der Klage verschieden sein[65 66]. Das personenrechtliche Verhältnis ist infolge der engen persönlichen Verbundenheit der Beteiligten ein Treueverhältnis. Die Treueverpflichtung der Parteien hat unmittelbar praktische Bedeutung, weil sich bei einem derartigen Rechtsverhältnis oft Situationen ergeben, deren Regelung man bei Abschluß des Vertrages gar nicht voraussehen kann. Es gilt deshalb in erster Linie unter den Parteien eine allgemeine Treupflicht, aus der sich dann erst besondere Einzelverpflichtungen ergeben.

---

[64] Siebert, Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 97; Scheidt, Der Rechtsbegriff der abhängigen Arbeit, S. 50; Nawiasky, Forderungs- und Gewaltverhältnis, in der Festschrift f. Zitelmann; Enneccerus, a. a. O. S. 169.

[65] Scheidt, a. a. O., S. 51 ff.

[66] Diese Gewaltbeziehungen bestehen aber nur unter freien Menschen, die immer nur in gewisser Beziehung gewaltunterworfen sein können. Man denke z. B. an das Dienstverhältnis im Heere, wo die Befehlsgewalt des Vorgesetzten inhaltlich auf die Angelegenheiten beschränkt ist, die mit der militärischen Ausbildung zusammenhängen. Die Gewalt, die über unfreie Menschen, über Sklaven, ausgeübt wird, ist dagegen inhaltlich unbegrenzt und erstreckt sich auf die Verfügung über Leben und Tod.

Das Arbeitsverhältnis ist ein derartiges persönenrechtliches Verhältnis. In ihm ist der Arbeitnehmer zu persönlicher Tätigkeit für den Arbeitgeber verpflichtet. Es ist daher auch im besonderen Maße ein Treueverhältnis. Dies äußert sich z. B. in der beiderseitigen Pflicht der Parteien zu achtungsvollem Verhalten. Der Arbeitgeber hat alles zu vermeiden, was die Ehre seiner Arbeitnehmer verletzen könnte. Bei betrieblicher Arbeit besteht aus diesem Grunde im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit ein besonderer Ehrenschutz. Von Treupflichten, die aus der allgemeinen Treupflicht erwachsen, sei von seiten des Arbeitgebers noch seine Fürsorgepflicht genannt, durch die er verpflichtet wird, Leben, Gesundheit und Sittlichkeit seiner Arbeitnehmer zu schützen. Von seiten des Arbeitnehmers seien als Beispiele für besondere Treupflichten die Pflicht zur Unterlassung schädigender Nachrede (Kreditgefährdung) die Schweigepflicht über Geschäftsgeheimnisse und die Pflicht zur Anzeige schädigender Handlungen gegen das Unternehmen seitens der Mitarbeiter erwähnt[67].

Im Arbeitsverhältnis nimmt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit unter den Befehlen des Arbeitgebers vor, denn der Zweck wird im Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber gesetzt, ihm gegenüber erfolgt daher auch die rechtliche Verpflichtung. Der Arbeitgeber ist damit befugt, die für die Erreichung des Zweckes notwendigen Maßnahmen zu treffen. Das Befehlsrecht erhält seinen Umfang durch die Eigenart der Arbeitsleistung. Der Arbeitgeber kann danach die Arbeitsmethode, Ort und Zeit der Arbeitsleistungen anordnen und Arbeitsmaterial und Arbeitsgeräte bestimmen[68]. Da es sich um privatrechtliche Gewalt handelt, steht dem Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Befehle grundsätzlich nur die Klage offen.

Dieses Befehlsrecht ist Ausdruck der Abhängigkeit des Arbeitgebers vom Arbeitnehmer. Das Wesen der Abhängigkeit ist die persönliche Unterordnung, eine wirtschaftliche Abhängigkeit läuft meistens nebenher, braucht aber nicht vorhanden zu sein[69]. Das Befehlsrecht ist nicht mit dem Anordnungsrecht zu verwechseln, dem jeder nachzukommen hat, der für einen anderen Dienste leistet. Ein Anordnungsrecht steht deshalb auch dem

---

[67] Kaskel, Arbeitsrecht, S. 78.

[68] Kaskel, Arbeitsrecht, S. 66; Hueck-Nipperdey, a. a. O. S. 121; Leonhardi, Das Anordnungsrecht des Arbeitgebers, S. 19 ff.; Lange, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, S. 69 ff.

[69] Die Rechtsprechung des RAG. hat daher auch nach ursprünglichem Schwanken die persönliche Abhängigkeit als entscheidend für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses erklärt. Vgl. ArbRSamml. 29, 36. Dem scheint die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes zu widersprechen, das persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit erfordert. Vgl. Amtl. Mitteilungen des Reichsversicherungsamtes 1927, S. 24. Doch liegt darin nur ein scheinbarer Widerspruch, da auch das Reichsversicherungsamt entscheidende Bedeutung der persönlichen Abhängigkeit zumißt. Vgl. Dersch, Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 195.

dienstberechtigten im selbständigen Dienstvertrage zu[70]. Anordnungsrechte gibt es in geringem Umfange auch bei anderen Schuldverhältnissen[71]. Bei der Leistung von Diensten folgt es daraus, daß eine genaue Festlegung der Vertragspflichten schon bei Abschluß des Vertrages kaum möglich ist und dem Dienstberechtigten daher das Recht zustehen muß, gewisse Einzelheiten der Arbeitsleistung im konkreten Falle zu bestimmen. Das Befehlsrecht enthält demgegenüber die Tendenz zur Bestimmung der Leistung in jeder nur denkbaren Hinsicht. Der Arbeitnehmer schuldet in erster Linie eine allgemeine Bereitschaft zur Arbeitsleistung, aus der später die Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten Tätigkeit erwächst. Man kann das auch so ausdrücken, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt[72]. Daraus folgt, daß der Arbeitnehmer auch Tätigkeiten ähnlicher Art, wie diejenige, zu der er sich unmittelbar verpflichtet hat, erbringen muß, während beim selbständigen Dienstvertrage Leistungen ähnlicher Art sich nicht von selbst verstehen, sondern besonders bedungen sein müssen[73]. Der Unterschied zwischen dem Befehlsrecht und dem Anordnungsrecht zeigt sich auch in der Art und Weise, in der der Berechtigte seine Leistung fordern darf[74]. Im Arbeitsverhältnis hat der Arbeitgeber ein Rügerecht. So darf er dem Arbeitnehmer Rügen bei Schlechtleistung der Arbeit erteilen, während das beim selbständigen Dienstvertrage ausgeschlossen ist.

Der Unterschied zwischen dem Befehlsrecht und dem Anordnungsrecht ist freilich ein relativer Unterschied. Das liegt daran, daß der Begriff der Abhängigkeit auch kein absoluter Begriff ist, es gibt die verschiedensten Stufen von persönlicher Abhängigkeit[75]. Das Befehlsrecht ist eben nichts anderes als der Ausdruck dieser persönlichen Abhängigkeit[76]. Befehlsrecht und Abhängigkeit stehen nicht im Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge, sondern sind Ausdruck für ein und denselben Tatbestand.

Die Relativität des Begriffes der Abhängigkeit darf nicht dazu führen, diesen Begriff ganz als Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstvertrag und Arbeitsvertrag zu verwerfen. Es gibt eben in der Rechtswirklichkeit die mannigfachsten Formen von Abhängigkeit und diesem Lebenstatbestande kann deshalb auch nur ein Rechtsbegriff gerecht werden, der alle Möglichkeiten in sich schließt. Diese Erkenntnis entbindet nicht von der Aufgabe, im Einzelfall genau zu prüfen, ob noch eine Abhängigkeit vorhanden ist oder ob die Parteien einander selbständig gegenüberstehen. Eine Grenzlinie aber muß gezogen werden, denn nur an den abhängigen

[70] Leonhardi, a. a. O., S. 17 ff.
[71] Nikisch, Grundformen, S. 85 ff.
[72] Nikisch, Festschrift f. Lehmann, S. 290 f.
[73] ArbRSamml. 29, 66.
[74] Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Hdb. II, 1. S. 23.
[75] Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 5.
[76] Leonhardi, a. a. O., S. 1 ff.

Dienstvertrag knüpfen sich die Regeln des Arbeitsrechtes an. Man wird deshalb die Gesamtheit aller Umstände des Einzelfalles berücksichtigen müssen, um festzustellen, ob der Grad der Abhängigkeit so groß ist, daß man von einem Abhängigkeitsverhältnis sprechen kann. Dabei ist nicht jede Einzelheit, sondern die große Linie entscheidend[77].

In der Rechtsprechung ist die Unterscheidung zwischen dem selbständigen Dienstvertrage und dem Arbeitsvertrage, insbesondere bei der Abgrenzung vom Handlungsgehilfen zum Handlungsagenten von Bedeutung geworden. Der Handlungsagent ist selbständiger Kaufmann. Er ist ständig damit betraut, für das Handelsgewerbe eines Kaufmanns Geschäfte zu vermitteln und abzuschließen (§ 84 HGB.). Der Handlungsgehilfe dagegen ist Angestellter, der abhängige Arbeit verrichtet (§ 59 HGB.). In ständiger Rechtsprechung hat das Reichsarbeitsgericht den Unterschied zwischen diesen beiden Formen auf die Gehorsamspflicht bzw. Selbständigkeit abgestellt[78]. Dabei hat es zugleich die wichtigsten Tatsachen herausgearbeitet, die auf eine Abhängigkeit bzw. Selbständigkeit schließen lassen. Für das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses spricht z. B. die Bindung an die Geschäftszeit, die Anweisung eines bestimmten Arbeitsplatzes, Anweisungen über die Arbeitsteilung, Zuweisung bestimmter Reisebezirke, Verbot der Tätigkeit für andere Firmen usw. Umgekehrt lassen auf Selbständigkeit schließen: die Verfügungsbefugnis über die Zeit und Arbeitsweise, die selbständige Erledigung von Steuerangelegenheiten, die Führung eines eigenen Firmenschildes, das Fehlen von bezahltem Urlaub usw. In Zweifelsfällen wird man aber dahin entscheiden müssen, daß ein abhängiger Dienstvertrag vorliegt, da in unserer sozialen Ordnung die Leistung abhängiger Arbeit der weitaus häufigste Tatbestand ist, hinter dem die Leistung selbständiger Arbeit völlig zurücktritt.

Gegenüber der oben entwickelten Auffassung vom Arbeitsverhältnis als Einzelrechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat Siebert eine neue Auffassung vom Arbeitsverhältnis entwickelt[79]. Siebert geht von der Gemeinschaft des Betriebes aus. Sie ist für ihn eine lebendige und ganzheitliche Gemeinschaft, die auf die nationalsozialistische Volksgemeinschaft und auf die soziale Ehre der arbeitenden Volksgenossen aufgebaut ist.

Wie jede Gemeinschaft trägt diese ihre Ordnung in sich selbst, und zwar ist sie eine personenrechtliche Gemeinschafts- und Gliedschaftsordnung. Das personenrechtliche Gliedschaftsverhältnis innerhalb der Gemeinschaftsordnung ist das Arbeitsverhältnis. Es unterliegt somit der eigenen Ordnung der Betriebsgemeinschaft. Die Begründung des Arbeits-

---

[77] RAG. 18/140.

[78] ArbRSamml. 15, 505; 30, 42; RAG. 17, 1.

[79] Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, S. 60 ff.

verhältnisses ist in ihren Voraussetzungen und Wirkungen aus der Betriebsgemeinschaft zu bestimmen. Die Eingliederung ist Eintritt in eine körperschaftsähnliche Ordnung, sie begründet die Gliedstellung des Eintretenden, während die Wirkungen grundsätzlich und wesensgemäß im Gemeinschaftsverhältnis liegen. Die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses beruhen nicht auf dem freien Geschäftswillen der Parteien, sondern erwachsen unmittelbar aus der Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses.

Dieser Lehre Sieberts kann nicht beigetreten werden. Der systematische Ausgangspunkt, die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses aus der Betriebsgemeinschaft, ist nicht richtig. Es gibt eine Fülle von Arbeitsverhältnissen, die nicht in den Betrieb eingegliedert sind. Die Einordnung des Arbeitsverhältnisses in einen Betrieb ist zwar häufig, aber nicht notwendig[80]. Zum Beispiel ist das Dienstmädchen dem Haushalt des Dienstberechtigten eingegliedert und leistet unzweifelhaft seine Arbeit in einem echten Arbeitsverhältnis. Oder man denke an den Fall, daß eine Reisegesellschaft für mehrere Tage einen Bergführer für sich verpflichtet[81]. Gibt man zu, daß es echte Arbeitsverhältnisse außerhalb des Betriebes gibt, dann kann man nicht die persönliche Abhängigkeit aus der Eingliederung in den Betrieb erklären. Siebert[82] ist der Ansicht, daß die Fälle des „isolierten Arbeitsverhältnisses" selten seien, und daß diese Ausnahmen an der Grenze zu einem schuldrechtlichen Dienstvertrage stehen. Die Seltenheit der Fälle ist aber kein Grund, von ihnen abzusehen. Das Arbeitsverhältnis läßt sich aus der Betriebsgemeinschaft nicht erklären. Es behält auch im Betriebe eine gewisse Selbständigkeit, es ist in die größere Gemeinschaft, die Betriebsgemeinschaft eingebettet, kann aber auch ohne diese Betriebsgemeinschaft bestehen[83]. Richtig ist nur, daß es von der Betriebsgemeinschaft als konkreter Gemeinschaftsordnung wesentlich beeinflußt wird.

Der Betrieb ist, von der Seite der mitwirkenden Menschen betrachtet, selbst wieder eine besondere Gemeinschaft, in die der einzelne als Glied eingeordnet ist. Der geborene Führer des Betriebes ist der Unternehmer. Die ihm zustehende Betriebsgewalt ist etwas anderes als das Befehlsrecht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis. Die Gewalt im personenrechtlichen Verhältnis wurzelt darin, daß der Arbeitnehmer die Leistung abhängiger Arbeit verspricht, im Betriebsverhältnis aber darin, daß der Unternehmer Führer in der konkreten Gemeinschaftsordnung des Betriebes ist. Die Betriebsgewalt dient somit vor allem der Aufrechterhaltung der Ordnung im Betriebe, sie regelt die Ordnung des betrieb-

[80] Ebenso Nikisch, Arbeitsrecht, 1. Halbbd. S. 4 f.; Lange, a. a. O. S. 24; Dennecke, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 43 ff.; Nipperdey, Deutsches Arbeitsrecht, 1937, S. 142.

[81] Nikisch, Grundformen, S. 100.

[82] Deutsches Arbeitsrecht, 1937, S. 17.

[83] Mansfeld, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 128.

lichen Lebens, sie ist organisatorische Gewalt[84]. Man kann sie auch als das Recht zur freien Betriebsgestaltung bezeichnen[85].

Ihren gesetzlichen Ausdruck hat die Betriebsgewalt in § 2 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit gefunden. Danach entscheidet der Führer des Betriebes in allen betrieblichen Angelegenheiten. Diese Entscheidungsbefugnis wirkt sich in zweifacher Weise aus. Der Betriebsführer kann einmal generelle Anordnungen treffen, die in jedes Arbeitsverhältnis gestaltend eingreifen. So kann er durch Erlaß oder Änderung der Betriebsordnung die Arbeitsbedingungen, z. B. die Arbeitspausen, allgemeinverbindlich regeln. Er ändert durch eine solche Entscheidung kraft seiner Stellung als Führer des Betriebes die Ordnung der Gemeinschaft selbst. In das einzelne Arbeitsverhältnis greift er dadurch mittelbar ein. Dieses Eingreifen ist aber deshalb stärker, als es durch das Befehlsrecht geschehen kann, weil durch dieses immer nur eine Konkretisierung der Arbeitsleistung erfolgt, niemals aber die Arbeitsbedingungen selbst geändert werden.

In zweiter Linie umfaßt die Betriebsgewalt Eingriffe in das Arbeitsverhältnis, indem der Betriebsführer die allgemeine Arbeitsverpflichtung der Betriebsmitglieder durch seine Anordnungen oder durch die der von ihm beauftragten Personen ihrem genauen Inhalt nach festlegt. Insoweit ist die Betriebsgewalt nichts anderes als das Befehlsrecht, das dem Arbeitgeber in jedem Arbeitsverhältnis zusteht, wobei dieses nur im Hinblick auf die Gesamtordnung des Betriebes, in die es eingebettet ist, seine besondere Eigenart erhält[86].

Im Gegensatz zu Siebert muß daran festgehalten werden, daß der Begründungsakt für das Einzelarbeitsverhältnis der Arbeitsvertrag ist, gerichtet auf die Leistung persönlich abhängiger Arbeit, mag er in einen Betrieb eingegliedert sein oder außerhalb des Betriebes in Erscheinung treten[87]. Die Besonderheit dieses Vertrages gegenüber den schuldrechtlichen Verträgen liegt darin, daß nicht ein Schuldverhältnis, sondern ein personenrechtliches Verhältnis zur Entstehung gelangt. Auf dieses finden deshalb nur im beschränkten Umfange die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse Anwendung, da diese typisch auf Vermögensleistungen zugeschnitten sind[88]. Entsteht zwar das Arbeitsverhältnis bereits mit dem Abschluß des Vertrages, gerichtet auf die Leistung abhängiger Arbeit, so tritt es doch erst bei der tatsächlichen Bewirkung der Arbeit in

[84] Scheidt, Der Rechtsbegriff der abhängigen Arbeit, S. 76.

[85] Wagner, a. a. O., S. 46.

[86] Lange, a. a. O., S. 99; Mansfeld, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 124.

[87] Ebenso Mansfeld, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 128; Dennecke, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 47; Henschel, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 300; Nikisch, Arbeitsrecht, 1. Halbbd., S. 3; Nipperdey, Deutsches Arbeitsrecht, 1937, S. 142; Wagner, a. a. O., S. 5, 91; Nikisch, Festschr. f. Lehmann, S. 289 ff.

[88] Vgl. Siebert, Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 95.

volle Wirksamkeit. Insbesondere wird die Treupflicht der Parteien erst in vollem Umfange bei der tatsächlichen Vornahme der Arbeit wirksam.

Zu beachten ist, daß das Arbeitsverhältnis auch befristet abgeschlossen werden kann. Wenn z. B. der Unternehmer den A am 1. Februar zum 1. März in seinem Betriebe anstellt, dann ist der Arbeitsvertrag schon am 1. Februar rechtswirksam geschlossen, er tritt aber erst am 1. März in Wirksamkeit. Erst von diesem Zeitpunkt an ist der Arbeitnehmer auch Mitglied der Betriebsgemeinschaft[89].

3. Gesellschafts- und Arbeitsverhältnis.

In den vorhergehenden Abschnitten ist die Rechtsnatur des Gesellschaftsverhältnisses und des Arbeitsverhältnisses entwickelt worden. Auf Grund dieser Darstellung ist nunmehr eine Entscheidung möglich, inwieweit das Gesellschaftsverhältnis als Rahmenverhältnis auch das Arbeitsverhältnis in sich aufnehmen kann. Eine solche enge Verbindung beider Rechtsverhältnisse könnte dadurch erfolgen, daß ein Gesellschafter persönlich abhängige Arbeit als Beitrag leistet, so daß er der Gesellschaft einerseits im Verhältnis als Gesellschafter, andererseits als Arbeitnehmer gegenübersteht. Es handelt sich deshalb um die Frage, ob die Rechtsbeziehung Gesellschafter—Gesellschaft zugleich mit der Rechtsbeziehung Arbeitgeber—Arbeitnehmer vereinbar ist. Die Entscheidung dieser Frage ist deswegen so bedeutungsvoll, weil die Vorschriften des Arbeitsrechtes an den Tatbestand persönlich abhängiger Arbeit anknüpfen[90]. Verneint man deshalb die Frage, dann können auch die Regeln des Arbeitsrechtes auf das Verhältnis des beitragleistenden Gesellschafters keine Anwendung finden.

Auszugehen ist von dem oben entwickelten Grundsatz, daß das Gesellschaftsverhältnis wegen seiner Eigenart als Rahmenverhältnis andere Vertragstypen in sich aufnehmen kann, daß diese aber ihre Selbständigkeit verlieren und dem Gesellschaftsverhältnis eingegliedert werden. Es findet deshalb auf dieses Beitragsverhältnis in erster Linie Gesellschaftsrecht Anwendung. Beim Arbeitsverhältnis handelt es sich deshalb um die Frage, ob es in seinem grundsätzlichen Aufbau dem Gesellschaftsverhältnis nicht widerspricht, da es sonst nicht Bestandteil des Gesellschaftsverhältnisses sein könnte.

Als begriffsnotwendig wurde bei dem Arbeitsverhältnis das Unterworfensein des Arbeitnehmers unter das Befehlsrecht des Arbeitgebers erkannt, worin die persönliche Abhängigkeit ihren Ausdruck findet. Im Arbeitsverhältnis ist der Wille des Arbeitgebers entscheidend. Es gilt das Prinzip der Über- und Unterordnung.

---

[89] Nipperdey, Deutsches Arbeitsrecht, 1937, S. 143. Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, § 1 Anm. 17.

[90] Vgl. S. 34 dieser Arbeit.

Im Gesellschaftsverhältnis dagegen sind die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit die Träger des Willens der Gesellschaft. Aus ihrem Versprechen, die Angelegenheiten der Gesellschaft als gemeinsame Angelegenheiten zu behandeln, folgt ihre gemeinschaftliche Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnis. Sie bilden eine Willensgemeinschaft, in der kein Gesellschafter den Befehlen des anderen unterworfen ist, sondern die vom Prinzip der Gleichordnung der Gesellschafter beherrscht wird.

Dieser Gegensatz von Gleichordnung und Unterordnung ist unüberbrückbar. Ein und dieselbe Rechtsbeziehung kann nicht von zwei gegensätzlichen Prinzipien beherrscht werden, entweder gilt das eine oder das andere. Da das Gesellschaftsverhältnis den Vorrang hat, so kann die Rechtsbeziehung des Gesellschafters zu der Gesellschaft nur nach dem Prinzip der Gleichordnung gestaltet sein. Der Gesellschafter kann somit nicht persönlich abhängige Arbeit leisten, die Rechtsbeziehung Arbeitgeber—Arbeitnehmer ist mit dem Wesen der Gesellschaft unvereinbar. Auch der Gesellschafter kann zwar Arbeit als Beitrag beibringen, aber dann steht er nicht der Gesellschaft als Arbeitnehmer gegenüber, sondern bleibt gleichberechtigter Gesellschafter. Es können auf das Beitragsverhältnis lediglich die Vorschriften des BGB. über die Regeln des Dienstvertrages angewendet werden.

Dieses Ergebnis stimmt mit der herrschenden Auffassung in Schrifttum und Praxis überein[91]. Das Reichsgericht hatte in seiner Entscheidung in Band 110 Seite 419 die Frage offengelassen, inwieweit ein beitragleistender Gesellschafter auch Arbeitnehmer der Gesellschaft sein kann. In einer späteren Entscheidung hatte dann das Reichsgericht darüber zu befinden, inwieweit auf den offenen Handelsgesellschafter das Wettbewerbsverbot des § 74 HGB. Anwendung findet, das für den Handlungsgehilfen gilt[92]. Es hat sich dabei auf folgenden Standpunkt gestellt: „Ist hiernach der Beklagte offener Handelsgesellschafter gewesen, so kann er nicht zugleich Angestellter der Gesellschaft gewesen sein." Im Schrifttum hat lediglich Molitor[93] die Ansicht vertreten, daß der beitragleistende Gesellschafter Arbeitnehmer der Gesellschaft sein könne, und dabei auf den Fall hingewiesen, daß ein Kaufmann seinen Angestellten zur Anerkennung für geleistete Dienste zum Teilhaber macht, ohne daß sich im übrigen in ihrem Verhältnis etwas ändert. Mit Recht hat Hueck[94] dazu bemerkt, daß der Angestellte auch nicht Gesellschafter geworden

---

[91] Staudinger, Vorbem. zu § 611, IV, 1c; Düringer-Hachenburg, § 161 Anm. 8; Hueck-Nipperdey, a. a. O. S. 44; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechtes, S. 60; Nikisch, Arbeitsrecht, 1. Halbbd. S. 21; Nipperdey, JW. 1930, S. 1440.

[92] RG. in Warn. R. 1928, S. 13 ff.

[93] Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag..., S. 64.

[94] Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 44, Anm. 31.

ist, wenn sich nichts weiter geändert hat. Zum Gesellschafter wird ein Angestellter noch nicht durch die bloße Erklärung, daß er Gesellschafter ist oder daß er am Gewinn beteiligt wird. Die Verhältnisse können sich freilich so gestaltet haben, daß er mit dem bisherigen Prinzipal gleichberechtigt ist. Er hat das Recht erhalten, in allen Fragen, die den Geschäftsbetrieb betreffen, mitzuentscheiden, und hat die Tätigkeit seiner bisherigen Mitarbeiter zu kontrollieren. In einem solchen Falle ist er wirklich Teilhaber geworden und untersteht nicht mehr dem Arbeitsrecht.

Die Anwendung des Grundsatzes, daß der arbeitende Gesellschafter nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein kann, setzt aber immer voraus, daß die Arbeit auch im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses als Beitrag geleistet wird. Damit ist daher noch nicht die Frage entschieden, ob nicht ein Gesellschafter, der seiner Beitragspflicht durch Leistung einer Vermögenseinlage bereits genügt hat, ganz unabhängig von seiner Mitgliedstellung zu der Gesellschaft in ein Arbeitsverhältnis treten kann. Arbeitsverhältnis und Gesellschaftsverhältnis würden in diesem Falle nebeneinander bestehen. Der Gedanke, daß die beiden von entgegengesetzten Prinzipien beherrschten Rechtsverhältnisse nicht miteinander in einem Rechtsverhältnis vereint sein können, ist dann nicht zu verwerten. Man denke z. B. an den Fall, daß ein Kommanditist seine Vermögenseinlage in Geld an die Gesellschaft geleistet hat, und daß er außerdem als Buchhalter für die Gesellschaft auf Grund eines besonderen Dienstvertrages tätig ist.

In der Rechtsprechung ist die Frage, ob ein Gesellschafter neben seinem Gesellschaftsverhältnis zugleich Angestellter der Gesellschaft sein kann, insbesondere bei der Anwendung des § 61 Ziff. 1 KO. praktisch geworden[95]. Danach werden gewisse Lohnforderungen bevorrechtigt befriedigt, soweit sich die Personen für den Haushalt, den Wirtschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners verdungen hatten. Diese Bestimmung ist typisch arbeitsrechtlicher Natur, da sie voraussetzt, daß der Dienstverpflichtete zum Dienstberechtigten in einem Verhältnis persönlicher Abhängigkeit steht[96]. Eine solche Abhängigkeit wird von der Rechtsprechung bei den Geschäftsführern der Kapitalgesellschaften regelmäßig abgelehnt[97]. Sie wird auch im Schrifttum verneint, wenn ein Gesellschafter Arbeit als Beitrag leistet, da es sich nicht um einen Lohnanspruch, sondern um den Gewinnanteil eines gleichberechtigten Gesellschafters handelt. Oft beruft sich aber ein Gesellschafter auf diese Bestimmung mit der Begründung, daß er auch Arbeitnehmer der Gesellschaft

---

[95] Vgl. auch § 22 KO., § 9 Ziff. 2 ZVG.

[96] Mentzel, Kommentar zur KO. § 61 Anm. 14; Jaeger, Kommentar zur KO., § 61 Anm. 14.

[97] Vgl. RG. 120, 300.

geworden sei, und daß daher die Vorschrift des § 61 Ziff. 1 KO. auf ihn Anwendung finden müsse. Das Gericht hat dann die Frage zu prüfen, ob eine solche Gestaltung rechtlich zulässig ist.

Erhebliche Gesichtspunkte sprechen gegen die Zulässigkeit einer solchen Regelung. Bei den Personalgesellschaften wurde als wesentlich angesehen, daß die Gesellschafter gemeinsam an der Erreichung des Gesellschaftszweckes mitwirken. Die persönliche Tätigkeit des Gesellschafters ist deshalb eng mit dem Gesellschaftsverhältnis verknüpft und wird als Beitrag geleistet. Dieser typischen Ausgestaltung widerspricht es, wenn der Gesellschafter zwar auch für die Gesellschaft tätig sein soll, aber nicht als Gesellschafter, sondern wie ein unbeteiligter Dritter.

Doch wird man gegen diese Überlegung einwenden müssen, daß in der Personalgesellschaft wohl typischerweise die Beteiligten eine Arbeitsgemeinschaft bilden, daß die Parteien aber auch etwas anderes vereinbaren können. Weiterhin könnte man der Zulässigkeit des Nebeneinanderbestehens von Gesellschaft und Arbeitsverhältnis den Gedanken entgegenhalten, daß es sich dabei um eine theoretische Aufspaltung eines einheitlichen Lebensverhältnisses in zwei verschiedenartige Rechtsverhältnisse handele. Diese Einheit wirke sich dahin aus, daß eine praktische Trennung zwischen der Stellung eines Gesellschafters und Arbeitnehmers nicht möglich sei. Als Gesellschafter soll der Dienstverpflichtete den anderen Gesellschaftern gleichberechtigt gegenüberstehen, als Arbeitnehmer dagegen persönlich abhängig sein. Der Hinweis darauf, daß bei den Gesellschaften mit Rechtsfähigkeit ohne weiteres das Mitglied zugleich bei der Gesellschaft angestellt sein kann, würde dem nicht entgegenstehen. Es zeigt sich eben darin der grundlegende Unterschied zwischen Gesellschaften mit Rechtsfähigkeit und ohne solche. Bei den ersteren ist die Verselbständigung der Gesellschaft als eigene Rechtsperson so weitgehend erfolgt, daß das einzelne Mitglied der Gesellschaft verhältnismäßig fremd gegenübersteht und daher auch zu ihr in eine weitere Rechtsbeziehung treten kann, ohne daß das die Stellung als Gesellschafter berührt. Die Kollisionsmöglichkeit zwischen der Pflicht als Gesellschafter und der Pflicht als dritte Person ist nur sehr gering, weil sich die Gesellschafterstellung auf ein nur geringes Maß von Mitwirkungsrechten in der Gesellschafterversammlung beschränkt, während die Willensbildung durch besondere Personen, die Geschäftsführer, erfolgt. Bei der Gesellschaft ohne Rechtsfähigkeit ist eine solche Verselbständigung der Gesellschaft nicht durchgeführt. Die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit sind die Gesellschaft. Der einzelne Gesellschafter kann daher nicht so wie ein völlig unbeteiligter Dritter der Gesellschaft gegenübertreten, weil seine enge Verbundenheit mit der Gesellschaft auf das Drittverhältnis nicht ohne Einfluß bleiben kann. Als Gesellschafter ist das einzelne Mitglied mit den anderen Gesellschaftern gleichberechtigt, als dritte Person soll es dagegen den anderen Gesellschaftern untergeordnet sein, wenn es Arbeit leistet.

Man wird auch gegenüber diesen Gesichtspunkten geltend machen müssen, daß wohl typischerweise eine so enge Beziehung zwischen Gesellschafterstellung und dem Drittverhältnis vorhanden ist, daß dies aber auch nicht der Fall zu sein braucht. Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene offene Handelsgesellschafter, der Kommanditist, der stille Gesellschafter, sie alle können nur in sehr loser Beziehung zu der Gesellschaft stehen. Ihre Mitwirkungs- und Aufsichtsrechte sind nur gering. Eine Kollision zwischen den beiderseitigen Pflichten dürfte sich daher kaum ergeben. Für diese Fälle, in denen der Gesellschafter nur lose an die Gesellschaft gebunden ist, wird die Frage nach der Zulässigkeit eines Nebeneinanderbestehens von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis auch nur praktisch werden.

Man wird deshalb zu dem Ergebnis kommen müssen, daß ein Nebeneinanderbestehen von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis wohl tatsächlich denkbar und auch rechtlich zulässig ist, daß in jedem Fall aber eingehend geprüft werden muß, ob auch die Parteien eine solche Gestaltung gewollt haben[98]. Es muß den Beteiligten überlassen bleiben, ihre Beziehungen nach eigenem Ermessen entgegen der gesetzlichen Ausgestaltung zu regeln, sofern zwingende Gesetzesbestimmungen nicht entgegenstehen. Für die Rechtsprechung ergibt sich damit die praktische Schwierigkeit, den Willen der Parteien genau festzustellen, da dieser oft im Gesellschaftsvertrage nicht deutlich genug zum Ausdruck kommt. Aber auch, wenn eine Vereinbarung in dieser Hinsicht getroffen ist, wird man alle Umstände der Beziehungen der Parteien heranziehen müssen, um damit ihren wahren Willen zu finden. Entscheidend wird oft der Gesichtspunkt sein, ob es sich um Tätigkeit im Rahmen des von der Gesellschaft verfolgten Zweckes oder um gesellschaftsfremde Tätigkeit handelt. Der Rechtsanwalt, der Mitglied einer Terraingesellschaft ist, und den Auftrag zur Führung von Prozessen für die Gesellschaft erhält, leistet gesellschaftsfremde Tätigkeit, da die Führung von Prozessen keine Tätigkeit ist, die unmittelbar zur Verfolgung der Gesellschaftszwecke gehört. Die Gebühren, die ihm dafür zustehen, sind nicht ein Teil des Gewinnes, sondern Vergütung für die auf Grund besonderen Dienstvertrages geleistete Arbeit. Dabei ist zu beachten, daß es sich in diesem Falle und auch sonst oft nicht um einen echten Arbeitsvertrag handelt, sondern um einen selbständigen Dienstvertrag, auf den Arbeitsrecht keine Anwendung findet. Es kann auch von Bedeutung sein, ob es untergeordnete Tätigkeit oder geschäftsleitende Tätigkeit ist. Wer entscheidend die Geschicke der Gesellschaft durch seine Geschäftsführung zu bestimmen hat, der steht auch mit dieser Tätigkeit nicht außerhalb, sondern innerhalb der Gesellschaft. Die Tatsache, daß er dafür nicht prozentual am Gewinn beteiligt ist, sondern ein festes Gehalt emp-

[98] Koenige, a. a. O. § 164 Anm. 2; Ritter, a. a. O. § 164 Anm. 5; Düringer-Hachenburg, a. a. O. § 164 Anm. 2; Lehmann-Ring, Das HGB., § 164 Anm. 5.

fängt, braucht dem nicht entgegenzustehen[99]. Wer dagegen nur untergeordnete Tätigkeit leistet, eine Tätigkeit, die auch irgendein Dritter vornehmen könnte, der kann auch Arbeitnehmer der Gesellschaft sein.

Untersucht man unter diesen Gesichtspunkten folgende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin[100], so wird man ihr nicht ohne weiteres zustimmen können: Dort wird die Anwendung des § 22 KO. auf einen Gesellschafter, der Arbeit leistet, ohne weiteres für tauglich erklärt. Das Gericht stellt in seiner Entscheidung zwar mit Recht fest, daß der § 22 nur für Personen gelten soll, die abhängige Arbeit leisten, es hätte dann aber auch prüfen müssen, ob eine solche Abhängigkeit im Sinne des Arbeitsrechtes vorlag. Die bloße Feststellung, daß der Kommanditist Dienste eines Bankangestellten leistete, genügte dazu noch nicht. Ebensowenig ist im umgekehrten Sinne die Entscheidung des OLG. München (OLG. 32, 369) befriedigend. Dort wird die Anwendung des § 61 Ziff. 1 KO. mit der Begründung abgelehnt, daß eine Gesellschaft wie die in Frage stehende, die finanziell sehr schlecht stehe, sich den Luxus eines Kommanditisten mit 350 RM. monatlich nicht habe leisten können. Die Tätigkeit des Kommanditisten sei vielmehr Unternehmertätigkeit und seine Forderung gegen die Gesellschaft sei nichts anderes als ein Gewinnanteil des Mitunternehmers. Diese Feststellungen aber reichen zu einer ablehnenden Entscheidung gleichfalls nicht aus. Die Stellung des Kommanditisten kann von der Kommanditgesellschaft so abhängig gewesen sein, daß ein echtes Arbeitsverhältnis vorlag. Dann hätte die Anwendung des § 61 Ziff. 1 KO. bejaht werden müssen.

Ein Beispiel dafür, daß aus besonderen Gründen ein Nebeneinanderbestehen von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis möglich ist, bietet sich im Erfinderrecht. Es macht z. B. ein Angestellter eine Erfindung[101], die nicht in das Gebiet fällt, in dem er an sich tätig ist. Der Dienstherr stellt ihm aber zu diesem Zwecke seine Betriebsmittel zur Verfügung und hilft ihm dabei mit Rat und Tat. Es fragt sich dann, wem die gemachte Erfindung zusteht. Um eine eigentliche Diensterfindung handelt es sich nicht, da sie allein auf dem Gedanken des Angestellten beruht und nur mit den Mitteln des Betriebes ausgeprobt wird. Der Dienstherr kann daher die Erfindung nicht allein für sich in Anspruch nehmen. Andererseits handelt es sich nicht um eine rein private Erfindung des Angestellten, da er dazu die Mittel und auch den Rat des Dienstherrn in Anspruch genommen hat. Die Erfindung ist also durch das gemeinsame Zusammenwirken des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers zustande gekommen. Man wird also in solchem Falle deshalb annehmen müssen, daß dem Dienstherrn und dem Dienstverpflichteten die Erfindung gemeinsam gebührt. Da jeder von

[99] RG. 90/14.
[100] JW. 1929, S. 1708.
[101] RG. in JW. 1924, S. 1430.

ihnen dazu einen Beitrag geliefert hat, ist es billig, wenn ihnen auch das Ergebnis gemeinsam zugute kommt. Hinsichtlich der Erfindung besteht aber zwischen den Beteiligten ein Verhältnis der Gleichordnung, weil insoweit der Angestellte wegen seiner überragenden Stellung bei der Erfindung dem Befehlsrecht des Arbeitgebers nicht unterworfen ist[102]. Ein Nebeneinanderbestehen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses neben einem Gleichordnungsverhältnis wird man deshalb wegen des losen Zusammenhanges der Erfindertätigkeit mit der eigentlichen Tätigkeit des Angestellten zulassen können.

Mit der Erkenntnis, daß der arbeitende Gesellschafter nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft ist, gelingt es zugleich für die Fülle von Lebensverhältnissen, in denen Gesellschafts- und Arbeitsverhältnis irgendwie miteinander verknüpft sind, eine entscheidende Klärung herbeizuführen. In der Praxis der Gerichte ist oft weniger die Frage bedeutsam, ob auf den arbeitenden Gesellschafter Arbeitsrecht Anwendung findet, da insoweit eine einhellige Auffassung besteht, als die Vorfrage zu klären, ob überhaupt ein Arbeits- oder Gesellschaftsverhältnis zwischen den Parteien zustande gekommen ist. Gelangt man zu dem Ergebnis, daß ein Arbeitsverhältnis vorliegt, dann findet eben Arbeitsrecht Anwendung, ist dagegen ein Gesellschaftsverhältnis anzunehmen, dann kann nur Gesellschaftsrecht angewendet werden. In der Rechtswirklichkeit sind die Fälle recht häufig, in denen in dieser Hinsicht Streit besteht. Der Grund ist darin zu sehen, daß es für die Gesellschaften ebenso wie für das Arbeitsverhältnis nur wenige zwingende Gesetzesvorschriften gibt, es den Parteien daher überlassen bleibt, ihre Beziehungen frei zu regeln. Es kommen auf diese Weise oft Mischtatbestände zur Entscheidung, über deren Rechtsnatur sich die Parteien nicht im klaren sind. Gemeinsam ist allen diesen Fällen, daß jemand an dem Unternehmen eines anderen mitarbeitet, und daß er dafür am Gewinn beteiligt ist. Durch diese bloße Gewinnbeteiligung wird er freilich noch nicht zum Gesellschafter, es liegt dann ein sogenannter partiarischer Dienstvertrag vor. Der Gewinn wird als Entgelt für die geleistete Arbeit gezahlt und nicht für die gemeinsame Förderung der Unternehmenszwecke[103]. Sicher enthält durch eine solche Gewinnbeteiligung das Arbeitsverhältnis einen gesellschaftsrechtlichen Einschlag, denn Gewinne werden typischerweise nur Gesellschaftern und nicht Arbeitnehmern ausgezahlt, aber es ist noch keine Gesellschaft entstanden. Eine solche liegt erst vor, wenn die Beteiligten einander versprochen haben, alle Angelegenheiten, die mit der Erreichung eines be-

---

[102] Damit ist aber nicht der Fall zu verwechseln, daß ein Gesellschafter im Rahmen seiner Tätigkeit Erfindungen macht. Dafür hat das RG. die Grundsätze der Diensterfindung in erhöhtem Maße für anwendbar erklärt. Vgl. RG. 136, S. 148.

[103] Würdinger, a. a. O., S. 74 ff.; Wagner, a. a. O., S. 119 ff., 197 ff.

stimmten Zweckes zusammenhängen, gemeinsam zu fördern. Aus der Gemeinsamkeit des Zweckes folgt die Gleichberechtigung der Gesellschafter. Es ist kein Gesellschafter dem Befehlsrecht eines anderen unterworfen. Die Abgrenzung von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis kann daher nur in der Weise erfolgen, daß an Hand der gesamten Umstände des Falles geprüft wird, ob die Parteien gleichberechtigt gegenüberstehen oder ob eine Über- und Unterordnung gewollt ist.

Aus der Fülle der Entscheidungen der Gerichte über solche Mischtatbestände sollen im folgenden drei herausgegriffen werden. An Hand ihrer kann zugleich auf die Gesichtspunkte eingegangen werden, die für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses bzw. eines Arbeitsverhältnisses sprechen.

1. Der Kläger war seit Juli 1928 auf dem Rittergut des Beklagten als Inspektor tätig. Am 1. 9. schlossen die Parteien einen Vertrag, nach dem der Kläger das Rittergut des Beklagten zu verwalten hatte. Er erhielt jährlich 1800 RM. und freie Kost und Verpflegung für sich und seine Familie. Zur Bewirtschaftung stellte er 7250 RM. in die Wirtschaftskasse zur Verfügung und war am Gewinn und Verlust bei der Bewirtschaftung beteiligt[104].

Die Besonderheit dieses Falles liegt darin, daß der Kläger nicht nur am Gewinn beteiligt ist, sondern zugleich dem Betriebe ein Kapital zur Verfügung gestellt hat. Es liegt unter diesen Umständen nahe, darin eine Einlage i. S. der Bestimmungen des Gesellschaftsrechtes und damit den Kläger als Gesellschafter anzusehen. Das Gericht ist aber mit Recht einer solchen äußerlichen Betrachtung nicht gefolgt, und hat für die Entscheidung den richtigen Ausgangspunkt eingenommen, wenn es ausführt: „Nicht die Tatsache der Tätigkeit gegen Entgelt oder Beteiligung am Risiko ist das Ausschlaggebende zwischen beiden Vertragsformen, sondern maßgebend ist, ob der eine Teil die Stellung des Prinzipals einnimmt und der andere Teil ihm untergeordnet ist oder mit anderen Worten, ob die Beteiligten nicht zu einem gemeinsamen Geschäftszwecke zusammenwirken, sondern nur der eine Teil in dienstlicher Abhängigkeit von dem anderen als Arbeitnehmer Dienste gegen Entgelt leistet." Das Gericht stellt nunmehr fest, daß der Kläger verpflichtet war, einem von dem Beklagten aufgestellten Wirtschaftsplan nachzukommen, daß er über seine Tätigkeit und den Stand der Wirtschaft jederzeit Auskunft zu geben hatte und sogar monatlich verpflichtet war, die Kassen- und Bestandsbücher dem Beklagten abzuliefern. Diesem stand das Recht zu, jederzeit in die Wirtschaftsführung einzugreifen. Das Gericht hat aus diesen und anderen Umständen eine persönliche Abhängigkeit des Klägers vom Beklagten angenommen und das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis den Bestimmungen des Arbeitsrechtes unterstellt. Dieser Entscheidung

[104] ArbRSamml. 26 II, S. 50.

wird man folgen können. Ein gleichberechtigter Gesellschafter ist derart weitgehenden Eingriffen in seine Tätigkeit wie der Kläger nicht unterworfen. Entscheidend ist für das Gericht gewesen, daß die Umstände des gesamten Falles eine Unterordnung ergeben. Praktische Bedeutung kam der Frage der Abgrenzung von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis deswegen zu, weil beim Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses die Klage vor das Arbeitsgericht gehört, ist dagegen ein Gesellschaftsverhältnis anzunehmen, so sind die ordentlichen Gerichte zuständig (vgl. § 5 AGG.).

2. Der Kläger war als Reitlehrer in einem Reitinstitut tätig. Er brachte in das Unternehmen seinen eigenen Kundenkreis mit, den er sich erworben hatte, als er selbständig war. Für jede Reitstunde erhielt er von dem Gesamtbetrage von 1,50 bis 2,50 RM. 0,50 RM., außerdem eine feste Spesenvergütung von 300,— RM. monatlich[105].

In diesem Falle ist in tatsächlicher Hinsicht interessant die Verknüpfung des Gewinnes mit der eigenen Tätigkeit. Der Arbeitsverdienst ist weitgehend von der Tätigkeit des Klägers abhängig. Das Gericht hatte sich bei der Prüfung der einzelnen Umstände, die auf ein Arbeits- oder Gesellschaftsverhältnis schließen lassen, insbesondere mit der Bestimmung auseinanderzusetzen, daß der Kläger den Weisungen des Beklagten über die Fragen des Reitunterrichtes nachzukommen hatte. Es hat angenommen, daß, „hieraus nicht eine Unterordnung des Klägers, sondern lediglich dessen durch die Natur der Sache bedingte Einordnung in das gemeinsam betriebene Geschäft gefolgert werden kann". Damit hat das Gericht den Unterschied zwischen einem bloßen Anordnungsrechte und dem Befehlsrecht im Arbeitsverhältnis richtig herausgestellt. Ein Anordnungsrecht kann im selbständigen Dienstvertrage und auch im Gesellschaftsverhältnis vorkommen. Daraus läßt sich eine Unterordnung, wie sie für das Arbeitsverhältnis wesentlich ist, noch nicht herleiten. Ein Anordnungsrecht kann sich aus der größeren Sachkunde oder dem größeren Betriebsrisiko des einen Teiles ergeben. Eine persönliche Abhängigkeit wird dadurch nicht begründet.

3. Der Kläger hat dem Beklagten die Leitung eines Zigarrengeschäftes übertragen. Für die Bestreitung der Geschäftskosten hat er ein Pauschquantum erhalten. Der Reingewinn aus diesem Geschäft wird gleichmäßig unter den Parteien verteilt. Dem Beklagten steht eine Mitwirkung bei der Festlegung der Verkaufspreise zu[106].

Das Reichsgericht kommt bei der Würdigung der einzelnen Vertragspunkte zu dem Ergebnis, daß ein Dienstvertrag und nicht ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt. Inwieweit diese Entscheidung richtig ist, kann dahingestellt bleiben. (Das Urteil stammt aus dem Jahre 1902.) Wichtig sind aber die Folgerungen, die das Reichsgericht aus seinen Feststellungen

---

[105] ArbRSamml. 29 II, S. 69 ff.

[106] RG. in Gruchot 47, 401.

herleitet. Der Kläger verlangt nämlich eine Anordnung, die dahin geht, daß der Beklagte sich jeder Verfügung über die im Laden enthaltenen Waren zu enthalten habe und diese nebst Ladenschlüssel ihm herauszugeben habe. Mit Recht hat das Reichsgericht angenommen, daß dem Beklagten beim Vorliegen eines Dienstvertrages ein Recht darauf, daß der Kläger seine Dienste annehme, nicht zustehe. Läge dagegen ein Gesellschaftsverhältnis vor, dann könne der Kläger dem Beklagten nicht ohne weiteres verbieten, seine Tätigkeit einzustellen. Er sei vielmehr auf eine Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens angewiesen. Damit hat das Reichsgericht einen wichtigen Unterschied zwischen dem Gesellschaftsverhältnis und dem Arbeitsverhältnis richtig gekennzeichnet. Der Arbeitnehmer hat im allgemeinen kein Recht auf Ausführung seiner Dienste. Der Arbeitgeber kann sich mit seiner Leistungsbereitschaft begnügen. Der Gesellschafter dagegen hat ein Recht darauf mitzuarbeiten. Dieses Recht läßt sich unschwer aus seiner Stellung als Mitunternehmer herleiten. Keiner der Gesellschafter ist befugt, in die Mitwirkungsrechte des anderen Gesellschafters einzugreifen. Jeder Gesellschafter hat sowohl Recht als die Pflicht, in den Angelegenheiten der Gesellschaft mitzuarbeiten[107]. Aus der Prüfung der Frage, ob nach der gesamten Gestaltung der Verhältnisse jedem Teil ein solches Mitwirkungsrecht zusteht, wird sich oft entscheiden lassen, ob ein Arbeits- oder Gesellschaftsverhältnis gewollt ist.

Nach dieser Abgrenzung von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis gilt es weiterhin zu prüfen, welcher Bedeutung die Rechtsfigur des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses für das Rechtsverhältnis des arbeitleistenden Gesellschafters zukommt. Unter dem mittelbaren Beschäftigungsverhältnis versteht man ein Rechtsverhältnis, in dem der Beschäftigte von einem Mittelsmann zur Arbeit verpflichtet worden ist, der selbst zu dem Unternehmer im Verhältnis eines Arbeitnehmers steht, die geleistete Arbeit dem Unternehmer zugute kommt und die Vergütung des Beschäftigten in dem Lohn des Mittelsmanns enthalten ist[108]. Beispiele hierfür sind: der Deputant, der einen Hofgänger mitbringt, der Kapellmeister, der sich mit seiner Kapelle zu musikalischen Darbietungen verpflichtet und der Ziegelmeister, der sich mit einer Arbeitskolonne bei einem Unternehmer verdingt. In allen diesen Fällen taucht die Frage auf, inwieweit unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem Beschäftigten entstanden sind, trotzdem der Mittelsmann die Verträge nicht als Stellvertreter der Beschäftigten geschlossen hat. Davon

---

[107] Vgl. Ritter, Kommentar zum HGB. § 335 Anm. 4c.

[108] Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 40, Anm. 13; Dersch, Angestelltenversicherungsgesetz, § 1 Anm. 15c; Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, S. 153; Kölbe, Die Rechtsnatur des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses, JW. 1936, S. 1346 ff.; Roeder, Ztschr. d. Akad. f. dt. R. 1937, S. 115 ff.; Herschel, JW. 1937, S. 1115 ff.; ArbRSamml. 6, 116; 9, 357.

hängt es z. B. ab, ob der Unternehmer zur Einhaltung der Arbeiterschutzvorschriften gegenüber dem Beschäftigten verpflichtet ist.

Dieses mittelbare Beschäftigungsverhältnis könnte für das Rechtsverhältnis des arbeitenden Gesellschafters nur dann bedeutsam werden, wenn die Rechtsbeziehung zwischen dem Beschäftigten und dem Mittelsmann gesellschaftlicher Natur wäre und der Beschäftigte seine Arbeit in Erfüllung einer gesellschaftlichen Verpflichtung erbringen würde. Eine solche Gestaltung ist für das mittelbare Beschäftigungsverhältnis nicht typisch. Die Rechtsbeziehungen zwischen Mittelsmann und Beschäftigtem erschöpft sich gewöhnlich in einem Arbeitsplatzverschaffungsvertrage, durch den der Mittelsmann verpflichtet ist, dem Dritten einen Arbeitsplatz in einem Betriebe zu verschaffen[109]. Es ist freilich auch denkbar, daß sich z. B. die Mitglieder einer Musikkapelle zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes zusammengeschlossen haben[110]. Der Kapellmeister tritt dann als Geschäftsführer der Gesellschaft auf und vermittelt die Verträge über Gastspiele der Gesellschaft. Gerade dann ist aber zu beachten, daß die Gesellschaft oft zum selbständigen Unternehmer wird, die dann als gleichberechtigte Person einem anderen Unternehmer gegenübertritt. Dann liegt kein mittelbares Beschäftigungsverhältnis mehr vor, denn zu diesem gehört die persönliche Abhängigkeit des Mittelsmanns vom Unternehmer. Schließt z. B. der Leiter einer Schauspieltruppe, die er als eigenes Unternehmen aufgezogen hat, mit einem Varieté einen Gastspielvertrag, dann wird die Frage des mittelbaren Arbeitsverhältnisses nicht praktisch. Für den Beschäftigten ist allein der Leiter der Schauspieltruppe der Unternehmer. Dasselbe gilt für den Fall des arbeitenden Gesellschafters. Dann ist die Gesellschaft der Unternehmer, Rechtsbeziehungen entstehen zwischen der Gesellschaft als der Einheit der Gesellschafter und den einzelnen Mitgliedern und nicht zwischen dem einzelnen Mitgliede und dem Unternehmen. Es bleiben daher die Fälle übrig, in denen zwar eine Gesellschaft zwischen den Beschäftigten zur Entstehung gelangt ist, sie aber nach außen als selbständiger Unternehmer wegen ihrer geringen künstlerischen Bedeutung und wirtschaftlichen Kraft nicht auftreten kann. Dann tritt regelmäßig auch der Kapellmeister als Geschäftsführer der Gesellschaft zu dem Unternehmen in persönliche Abhängigkeit. Der einzelne Gesellschafter, der dann Arbeit leistet, erfüllt damit zugleich eine gesellschaftliche Verpflichtung und die Verpflichtung zur Leistung von Arbeit gegenüber dem Unternehmer. Dann liegt der Fall des mittelbaren Beschäftigungsverhältnisses vor[111]. Auf den arbeitenden Gesellschafter findet

[109] Herschel, a. a. O., S. 1116.

[110] Vgl. für die Deputanten die Dissertation von Becker: „Das Hofgängersystem in der Ostdeutschen Landwirtschaft", der das Verhältnis zwischen dem Deputanten und seinen Hofgängern gesellschaftsrechtlich auffaßt.

[111] Die Gesellschafter bilden dann lediglich eine Innengesellschaft, die nach außen nicht als Gesellschaft in Erscheinung tritt. Vgl. Würdinger, a. a. O., S. 34.

im Hinblick auf den Unternehmer Arbeitsrecht Anwendung. Das ist aber keine Durchbrechung des oben entwickelten Grundsatzes, daß das Rechtsverhältnis des Arbeit leistenden Gesellschafters den Regeln des Arbeitsvertrages nicht untersteht, indem gerade die arbeitsrechtlichen Vorschriften nur für das Verhältnis Gesellschafter — Unternehmer, nicht dagegen für das Verhältnis Gesellschafter — Gesellschaft in Betracht kommen.

Aus der Erkenntnis, daß Arbeitsrecht auf den arbeitenden Gesellschafter nicht angewendet wird, sollen im folgenden für einzelne Gebiete des Arbeitsrechtes die praktischen Folgerungen gezogen werden. Die Darstellung beschränkt sich dabei auf drei Gebiete des Arbeitsrechtes, das Arbeiterschutzrecht, das Sozialversicherungsrecht und das Betriebsrecht. Die Bedeutung der Frage für wichtige Einzelprobleme, z. B. die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, die Anwendung von § 61 Ziff. 1 KO., das Wettbewerbsverbot aus § 74 HGB. ist bereits bei der Abgrenzung von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis gezeigt worden.

Im Arbeitnehmerschutzrecht kommt in erster Linie der Schutz- und Fürsorgegedanke zum Ausdruck, der das gesamte Arbeitsrecht beherrscht. Der Arbeitgeber tritt zwar rechtlich gesehen dem Arbeitnehmer als völlig gleichgeordnete Person gegenüber, in Wirklichkeit aber ist er wegen seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit gezwungen, die Arbeitsbedingungen anzunehmen, die der Arbeitgeber ihm vorschreibt. Gerade im Arbeitsrecht ist der Gedanke der völlig gleichberechtigten Vertragsparteien, wie ihn das BGB. dem Recht der Schuldverhältnisse zugrundegelegt hat, ad absurdum geführt. Der Arbeitnehmer wird durch das Arbeitnehmerschutzrecht nicht durch besondere zwingende Normen geschützt, die in jedem Arbeitsvertrage enthalten sein müssen, sondern der Schutz erfolgt in der Weise, daß sowohl Arbeitgeber als Arbeitnehmer gewisse öffentliche Pflichten auferlegt werden, deren Erfüllung der Staat durch öffentlichen Zwang, insbesondere durch Strafandrohungen sichert. Dem Arbeitnehmer steht deshalb auch kein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Erfüllung solcher Pflichten zu, er ist auf einen Schadenersatzanspruch gemäß § 823 Abs 2 BGB. wegen des Verstoßes gegen ein Schutzgesetz beschränkt[112]. Im einzelnen unterscheidet man den Vertragsschutz, durch den der Abschluß des Vertrages, der Inhalt und die Lohnzahlung öffentlichrechtlichen Bestimmungen unterworfen werden, den Betriebsschutz, durch den die Arbeitnehmer gegen die typischen Gefahren geschützt werden, die aus der Arbeit in einem Betriebe erwachsen, den Arbeitszeitschutz, durch den eine angemessene Verteilung von Arbeits- und Ruhezeiten im Arbeitsverhältnis durch gesetzliche Beschränkung der zulässigen Beschäftigungszeit erstrebt werden soll, schließlich der Schutz besonderer Gruppen von Arbeitnehmern, wie Frauen, Jugendlichen und Schwerkriegsbeschädigten.

---

[112] Kaskel, a. a. O., S. 437; Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 436.

Alle diese Schutzbestimmungen gelten für Arbeitnehmer, d. h. diejenigen Personen, die in persönlicher Abhängigkeit von dem Arbeitgeber Dienste leisten[113]. Das Arbeitnehmerschutzrecht ist deshalb ein typisches arbeitsrechtliches Gebiet, da es an den Tatbestand der persönlichen Abhängigkeit anknüpft. Für die Anwendung kommt es aber nicht auf den Abschluß eines gültigen Arbeitsvertrages an, es genügt bereits die Beschäftigung im Betriebe des Arbeitgebers. Wegen dieser Beschränkung des Arbeitnehmerschutzrechtes auf die Arbeitnehmer können die gesamten Bestimmungen auf den Gesellschafter, der Arbeit als Beitrag leistet, keine Anwendung finden. Er ist nicht Arbeitnehmer, sondern Arbeitgeber im Sinne dieser Vorschriften. Wenn er geschäftsführende Tätigkeit ausübt, trifft ihn sogar die strafrechtliche Verantwortung für die Übertretung derartiger Schutzbestimmungen[114]. Als Unternehmer bedarf es wegen seiner selbständigen Stellung im Betriebe solcher Schutzvorschriften auch nicht. Eine Anwendung käme nur dann in Betracht, wenn der Gesellschafter neben seiner Gesellschafterstellung bei der Gesellschaft angestellt ist, da er dann eine gleiche Stellung wie jeder andere Arbeitnehmer einnimmt.

Die Sozialversicherung ist eine Einrichtung zum Schutze der Arbeitnehmer. Die Invaliden- und Angestelltenversicherung gewährt Schutz für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit wegen hohen Alters, die Unfallversicherung sichert vor den wirtschaftlichen Folgen, die aus Unfällen im Betriebe erwachsen, die Krankenversicherung gewährleistet eine ordnungsmäßige ärztliche Behandlung bei Krankheiten und stellt zugleich die wirtschaftliche Versorgung während dieser Zeit sicher, und die Arbeitslosenversicherung schützt vor den Nöten der Arbeitslosigkeit. Als Schutzrecht für die Arbeitnehmer setzt das Sozialversicherungsrecht das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber voraus[115]. Doch knüpft das Gesetz die Versicherungspflicht nicht an das Vorliegen eines gültigen Arbeitsvertrages, sondern bereits an das Beschäftigtsein des Arbeitnehmers im Betriebe des Arbeitgebers. Ein solches Beschäftigungsverhältnis ist nicht vorhanden, wenn jemand seine Arbeit als Mitunternehmer leistet, wenn er also Arbeit als Beitrag in eine Gesellschaft einbringt. Das gesamte Sozialversicherungsrecht findet auf den arbeitenden Gesellschafter keine Anwendung. Die Frage ist freilich für die meisten Sozialversicherungsgesetze nicht praktisch geworden. Dies liegt daran, daß der arbeitende Gesellschafter fast immer Geschäftsführungstätigkeit oder doch wenigstens betriebsleitende Tätigkeit vornimmt. Er ist in diesen Fällen Angestellter im Sinne des Angestelltenversicherungsgesetzes, damit scheidet bereits die Invalidenversicherung aus. Der Unfall-

[113] Kaskel, Die Rechtsnatur des Arbeiterschutzes, S. 175.
[114] Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 146 Anm. 4.
[115] Richter, Sozialversicherungsrecht, S. 34.

versicherung wird der arbeitende Gesellschafter meistens nicht unterliegen, weil er nicht betriebliche Tätigkeit erbringt, die Krankenversicherung wird meistens deshalb nicht auf ihn Anwendung finden, weil sein Einkommen die Pflichtversicherungssumme übersteigt (vgl. § 165 Abs. 2 Reichsversicherungsordnung). Die Arbeitslosenversicherung wird aus demselben Grunde nicht von Bedeutung werden. So ist es zu erklären, daß die besonderen für die Sozialversicherung zuständigen Gerichte sich mit der Frage der Beitragspflichten des Gesellschafters kaum zu befassen hatten. Nur im Angestelltenversicherungsgesetz ist die Frage streitig geworden, weil eben der Gesellschafter Angestellter wäre, wenn er abhängige Arbeit als Beitrag leistete. Typischerweise ist aber auch in der Rechtsprechung die Frage, ob ein arbeitender Gesellschafter dem Versicherungszwange unterliegt, weniger bedeutsam geworden, als die Frage, ob überhaupt ein Gesellschafts- oder Arbeitsverhältnis vorhanden ist. Die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes hatte sich deshalb ebenfalls mit der Abgrenzung von Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis zu befassen. Gerade dabei ist festzustellen, daß das Reichsversicherungsamt in seiner Auffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses und des Gesellschaftsverhältnisses weitgehend mit der Auffassung der ordentlichen Gerichte übereinstimmt. So hatte das Reichsversicherungsamt den Fall zu entscheiden, daß dem Prokuristen einer offenen Handelsgesellschaft weitgehende Mitwirkungsbefugnisse in Angelegenheiten der Gesellschaft erteilt waren. Es schließt aus dieser tatsächlichen Gestaltung mit Recht, daß zwischen dem Prokuristen und der offenen Handelsgesellschaft eine stille Gesellschaft zur Entstehung gelangt ist, und daß der Stille seine Arbeit als Beitrag leistet. Es führt dabei aus: „Er (der stille Gesellschafter) ist vielmehr den anderen beiden Gesellschaftern völlig gleichgestellt. Er steht neben, nicht unter ihnen. . . Er ist nicht Angestellter, dessen Rechtsstellung begrifflich eine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit und Unterordnung im Verhältnis zum Geschäftsführer bedingt. Vielmehr ist er ein völlig selbständiger Mitarbeiter des geschäftlichen Unternehmens.“[116] In einer anderen Entscheidung führt es aus: „Personen, die sich zu einem gemeinschaftlichen Betriebe dergestalt vereinigen, daß sie den Erwerb aus ihrer gemeinsamen Tätigkeit unter sich verteilen, stehen regelmäßig zueinander im Verhältnis von Mitunternehmern, die Mitglieder einer Gesellschaft können aber auch nach der ganzen Bedeutung dieser Art von Personenvereinigungen im Rahmen des gemeinsamen Betriebes weder Arbeiter noch unter Loslösung von diesem Betriebe Unternehmer sein. Verrichtet ein Unternehmer für das gemeinsame Unternehmen eine Tätigkeit, so bleibt er damit Mitunternehmer.“[117]

---

[116] Angestelltenversicherung, 1918, S. 191.

[117] Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungsamtes, Bd. II, S. 181.

Diese Auffassung des Reichsversicherungsamtes von dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses und der Bedeutung der Arbeitsleistung der Gesellschafter stimmt so weitgehend mit der oben entwickelten Auffassung überein, daß sich weitere Ausführungen dazu erübrigen. Auch der führende Kommentar zum Angestelltenversicherungsgesetz von Dersch[118] hat sich der Ansicht des Reichsversicherungsamtes angeschlossen. Seine Meinung, wonach ein Mitunternehmer nur dann gleichzeitig Angestellter sein könne, wenn das Unternehmen eigene Rechtspersönlichkeit habe, dürfte aber mit Rücksicht auf die oben geschilderten Fälle zu eng sein. Ein Angestelltenverhältnis kann auch neben der Stellung eines Gesellschafters im Gesellschaftsverhältnis selbständig bestehen.

Leistet der arbeitende Gesellschafter seine Arbeit im Rahmen eines Betriebes, dann wird dieses Beitragsverhältnis nicht wie die echten Arbeitsverhältnisse in den Betrieb eingegliedert, es nimmt eine Sonderstellung ein. Der Gesellschafter wird deshalb nicht zum Gefolgschaftsmitgliede. Ist er als Geschäftsführer tätig, so ist er sogar Führer des Betriebes gemäß § 3 AOG. Zur Gefolgschaft gehören die Arbeiter und Angestellten, die ihre Arbeit auf Grund eines abhängigen Arbeitsvertrages verrichten, nicht aber die Mitunternehmer[119]. Die Betriebsgewalt des geschäftsführenden Gesellschafters ist nur abgeleitete Gewalt, die den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zusteht. Eine einseitige Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse ist dadurch nicht möglich. Setzt der Betriebsführer durch Änderung der Betriebsordnung den Lohn für sämtliche Gefolgschaftsmitglieder herab, dann kann diese Maßnahme nicht das Beitragsverhältnis eines arbeitenden Gesellschafters ergreifen, der nicht Geschäftsführer ist. Die Vergütung des Gesellschafters ist im Gesellschaftsvertrage geregelt und kann immer nur im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses geändert werden. Erweist sich die Notwendigkeit, daß die Vergütung eines Gesellschafters wegen des Geschäftsrückganges im Interesse des Betriebes notwendig ist, dann kann die Treupflicht des Gesellschafters es erfordern, daß dieser sich mit einer geringeren Vergütung begnügt. Diese Treuverpflichtung ist aber Ausfluß der gesellschaftlichen Treue der Gesellschaftsmitglieder und nicht der Treue des Gefolgschaftsangehörigen zum Führer des Betriebes.

Auch die Vorschriften über die Kündigungswiderrufsklage finden auf das Beitragsverhältnis keine Anwendung. Die Kündigung erfolgt allein nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, die Kündigung aus wichtigem Grunde erfolgt aus § 723 BGB. Zu beachten ist aber immer, ob nicht der Gesellschafter wegen seines geringen Einflusses auf das Unternehmen einen außerhalb des Gesellschaftsvertrages stehenden

---

[118] Dersch, Angestelltenversicherungsgesetz, § 1 Anm. 15c, S. 204.

[119] Mansfeld-Pohl, Die Ordnung der nationalen Arbeit, § 1 Anm. 3, Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, § 1 Anm. 21.

Dienstvertrag geschlossen hat, durch den er zur Leistung abhängiger Arbeit verpflichtet ist. In diesem Falle würde er Gefolgschaftsmitglied im Sinne der Bestimmungen des Gesetzes zur nationalen Arbeit sein.

4. Die Anwendung der Vorschriften des Dienstvertrages.

Für das Rechtsverhältnis des arbeitleistenden Gesellschafters gilt grundsätzlich dasselbe, was bereits über die Rechtsnatur der Beziehungen des beitragleistenden Gesellschafters zu der Gesellschaft entwickelt wurde. Das Beitragsverhältnis ist ein Teilrechtsverhältnis in der Mitgliedschaft und somit gesellschaftlicher Natur. In erster Linie finden deshalb die Regeln des Gesellschaftsrechtes Anwendung. Es ist aber wegen des Fehlens gesellschaftsrechtlicher Vorschriften weiter Raum für eine entsprechende Anwendung der Regeln, die für das eingekapselte Individualrechtsverhältnis Geltung haben, nämlich für den selbständigen Dienstvertrag des BGB. Daneben finden auch die Vorschriften des BGB. über Verträge im allgemeinen Anwendung, wobei zu beachten ist, daß diese typischerweise auf vermögenswerte Leistungen zugeschnitten sind, und daß sie daher nur mit Vorbehalt auf das Arbeitsverhältnis angewendet werden können. Dies gilt insbesondere für Anfechtung, Unmöglichkeit, Verzug usw. Deshalb sind im Dienstvertrage bereits Ausnahmen von diesen besonderen Tatbeständen geschaffen.

Bei der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung tritt eine abweichende Regelung bei nachträglicher Unmöglichkeit ein. Ist diese nur vorübergehend und ist sie in der Person des Arbeitleistenden begründet und nicht von ihm verschuldet, so hat der Arbeitgeber den Lohn weiterzuzahlen (§ 616 Abs. 1 BGB.). Diese die allgemeine Bestimmung des § 323 BGB. ausschließende Vorschrift rechtfertigt sich aus dem Gedanken, daß die Person des Leistenden mit der Arbeit untrennbar verknüpft ist. Sie ist abhängig von seiner Gesundheit, und es ist unvermeidbar, daß aus diesem Grunde kürzere oder längere Pausen bei der Arbeit eintreten können. Da derartige kleinere Unterbrechungen typischerweise mit der Arbeit verbunden sind, kann der Arbeitgeber auch vorher mit ihnen rechnen und sie in das Arbeitsentgelt hineinkalkulieren. Bei längerer Verhinderung hat dagegen der Arbeitnehmer selbst die Gefahr der Arbeitsleistung zu tragen. Diese Bestimmung des § 616 Abs. 1 BGB. folgt aus dem Wesen der Arbeit selbst, da derartige Unterbrechungen eintreten, ganz gleich, ob es sich um selbständige oder abhängige Arbeit handelt. Auch dem arbeitenden Gesellschafter muß daher der Schutz des § 616 Abs. 1 zugute kommen[120].

Die Unmöglichkeit der Leistung kann auch darauf beruhen, daß der Arbeitgeber die Leistung nicht entgegennehmen kann, weil er ohne sein Verschulden seinen Betrieb hat teilweise oder ganz stillegen müssen. Es

[120] Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 219.

liegt z. B. Rohstoffmangel vor oder die Maschinen sind reparaturbedürftig geworden oder die Fabrik ist abgebrannt. In solchen Fällen würde bei Anwendung des § 323 BGB. der Arbeitnehmer seines Lohnanspruches verlustig gehen[121]. Dieses Ergebnis erscheint unbillig, wenn man bedenkt, daß der Arbeitnehmer als die sozial schwächere Partei die Betriebsgefahr allein tragen müßte. Man hat im Schrifttum in verschiedener Weise versucht, eine billigere Lösung zu finden. So ist z. B. die Ansicht entwickelt worden, daß eine Unmöglichkeit der Leistung gar nicht vorliege, nicht die Leistungspflicht des Arbeitnehmers sei unmöglich geworden, sondern lediglich die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers auf Bereitstellung eines funktionierenden Betriebes. Durch die Nichtvornahme dieser Mitwirkungshandlung gerate der Arbeitnehmer in Annahmeverzug und müsse daher den Lohn zahlen[122]. Die gesamte Betriebsgefahr wird auf diese Weise dem Arbeitgeber auferlegt. Neben diesen entgegengesetzten Auffassungen sind zahlreiche vermittelnde Ansichten entwickelt worden[123].

Von besonderer Bedeutung ist die Auffassung des Reichsarbeitsgerichtes geworden, das sich in ständiger Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt hat, daß die Folgen der durch ein unverschuldetes und unvorhergesehenes Ereignis verursachten Betriebsstörung diejenige Partei des Arbeitsvertrages treffe, die das störende Ereignis zu vertreten habe, d. h. in deren Gefahrenkreis es falle, und daß die Abgrenzung der Gefahrenkreise nach dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu erfolgen habe. Regelmäßig seien dem Gefahrenkreis des Unternehmers Ereignisse zuzurechnen, die nicht den Weiterbestand des Betriebes in Frage stellen, sondern deren Fortsetzung nur vorübergehend beeinträchtigen, die im Einzelfalle nicht vermeidbar seien, mit denen der Unternehmer im allgemeinen rechnen müsse und deren wirtschaftliche Nachteile er in seine Kostenrechnung einstellen könne[124].

Gegenüber dieser Auffassung des Reichsarbeitsgerichtes hat Stoll darauf hingewiesen, daß man nach dem nationalsozialistischen Umbruch nur noch von einem Gefahrenkreise, nämlich dem des Unternehmers sprechen könne, und daß dieser grundsätzlich zur Lohnzahlung verpflichtet sei[125].

An der vom Reichsarbeitsgericht entwickelten Lehre ist auch jetzt noch festzuhalten. Der Gedanke, daß der Unternehmer für vorübergehende Betriebsstörungen einstehen müsse, ist derselbe, dem auch die Bestimmung des § 616 zugrunde liegt, daß der Arbeitgeber die Gefahr der vorübergehenden Verhinderung der Arbeitsleistung zu tragen hat. Beide Ge-

---

[121] Staudinger, a. a. O. § 615 II, 2b.
[122] Düringer-Hachenburg a. a. O., Anm. 7 vor § 59.
[123] Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 230; Kaskel, a. a. O., S. 188.
[124] ArbRSamml. 3, 16; 5, 23; 23, 219.
[125] Stoll, Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 199.

fahren, die Gefahr des Betriebes und die Gefahr der Arbeit, trägt der Unternehmer, weil solche Gefahren typischerweise bei Arbeit im Betriebe auftauchen und er damit rechnen muß.

Können diese Grundsätze über die Betriebsgefahr auf den arbeitenden Gesellschafter Anwendung finden? Eine Lösung dieser Frage ist nur in der Weise möglich, daß man untersucht, aus welchen Gründen der Unternehmer die Gefahr für vorübergehende Betriebsstörungen tragen muß, und dann untersucht, ob auf den arbeitenden Gesellschafter diese Gründe zutreffen. Entscheidend für die Gefahrtragung des Unternehmers ist einmal, daß er Inhaber der Produktionsmittel ist, und daß ihm daher auch in erster Linie der Nutzen gebührt, der durch diese Mittel erzielt wird. Dafür ist es billig, daß er zugleich auch die Gefahren übernimmt, die eintreten, wenn das Unternehmen einmal keinen Nutzen abwirft und sogar Verluste eintreten. Diese Verluste sind bereits in den üblichen Gewinn eingerechnet. Der weitere entscheidende Gesichtspunkt ist der, daß der Unternehmer als Führer des Betriebes allein verantwortlich ist für alles im Betriebe verlaufende Geschehen, weil er allein darauf entscheidenden Einfluß ausüben kann. Er allein trägt damit auch die Verantwortung und somit das Risiko für die wirtschaftlichen Schäden, die den Gefolgschaftsmitgliedern durch Arbeit in einem von ihm geleiteten Betriebe erwachsen.

Auf den arbeitenden Gesellschafter treffen diese Gesichtspunkte nicht zu. Er ist als Mitunternehmer auch Miteigentümer der Produktionsmittel mit Ausnahme des stillen Gesellschafters. Ihm gebührt mit den anderen Gesellschaftern zusammen der Gewinn des Unternehmens. Er muß daher auch mit den anderen zusammen die Gefahren tragen, die aus Betriebsstörungen erwachsen. Vor allem ist er als Gesellschafter nicht von der Leitung des Unternehmens ausgeschlossen. Ihm stehen Mitwirkungs- und Aufsichtsrechte zu, denn sonst wäre er nicht Gesellschafter. Auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, bleibt er der verantwortliche Unternehmer. Wird der Betrieb stillgelegt, dann erzielt das gesamte Unternehmen keine Gewinne mehr, alle Gesellschafter müssen gemeinsam diese Betriebsgefahr tragen. Die Mitunternehmer müssen gemeinschaftlich für alle Betriebsgefahren einstehen. Auf den arbeitenden Gesellschafter findet die Bestimmung des § 323 BGB. Anwendung. Gesellschaftsrecht geht vor Individualrecht. Zu beachten ist dabei, daß die Frage der Tragung der Betriebsgefahr nicht von großer praktischer Bedeutung für den arbeitleistenden Gesellschafter ist. Er wird meistens leitende oder doch wenigstens verwaltende Tätigkeit für die Gesellschaft ausüben. Seine Arbeit wird deshalb durch Gefahren, die dem Betriebe aus Rohstoffmangel, Maschinenreparaturen usw. erwachsen, nicht betroffen werden. Denn gerade in Notzeiten ist leitende und verwaltende Tätigkeit für einen Betrieb besonders erforderlich. Er wird bei Betriebsstockungen seine Tätigkeit kaum aufzugeben brauchen.

Bei nachträglicher unverschuldeter Unmöglichkeit der Arbeitsleistung wegen Arbeitsunfähigkeit des Gesellschafters wird meist ein wichtiger Grund zur Lösung des gesamten Gesellschaftsverhältnisses vorliegen. Die Vorschrift des § 723 BGB. über die Kündigung aus wichtigem Grunde tritt in diesem Falle an die Stelle von § 626 BGB. Fraglich kann nur werden, ob eine Lösung des Arbeitsverhältnisses allein möglich ist, ohne das Gesellschaftsverhältnis zu berühren. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, in welcher Weise das Arbeitsverhältnis eine selbständige Stellung im Gesellschaftsverhältnis einnimmt. Für die Möglichkeit einer selbständigen Lösung spricht der Gedanke, daß die Mitgliedstellung insofern von der Beitragsleistung des Gesellschafters unabhängig ist, als der Gesellschafter nicht erst durch eine konkrete Beitragsleistung zum Gesellschafter wird, sondern bereits durch die allgemeine Verpflichtung, die Gesellschaftszwecke zu fördern. Das Beitragsverhältnis ist kein notwendiger Bestandteil der Gesellschaft. Dies gilt somit auch für das Rechtsverhältnis des arbeitenden Gesellschafters. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß die Arbeitskraft eines Gesellschafters von ausschlaggebender Bedeutung für die Gesellschaft sein kann. Nicht die Tatsache, daß der Gesellschafter überhaupt Mitglied der Gesellschaft ist, sondern daß er seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, ist für die Gesellschaft wesentlich. Der Wegfall der Arbeitsleistung kann deshalb für die Gesellschaft auch ein wichtiger Grund der Kündigung der gesamten Mitgliedschaft sein. Es kann freilich auch im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß der Gesellschafter von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung bei längerer Verhinderung befreit wird. Dann ist eine Lösung der Mitgliedstellung aus § 723 nicht möglich. Inwieweit der Gesellschafter in solchen Fällen einen Ersatzmann stellen muß, wird davon abhängen, ob es gerade auf die persönliche Leistung des Gesellschafters ankommt. Überhaupt wird die Frage der Lösung des Arbeitsverhältnisses ohne Lösung der Mitgliedschaft von den gesamten Umständen des einzelnen Falles abhängen. Bei der Mannigfaltigkeit der Gestaltungsmöglichkeiten ist die Aufstellung allgemeingültiger Grundsätze nicht möglich[126].

Bei der Lehre vom Verzuge tritt eine Besonderheit beim Annahmeverzuge des Gläubigers ein. Gerade dieser Fall zeigt deutlich, wie wenig die Regeln des BGB. über Verträge im allgemeinen auf das Arbeitsverhältnis zugeschnitten sind. Grundsätzlich hat z. B. die Milderung des Haftungsmaßstabes gemäß § 303 BGB. für den Arbeitnehmer keine Bedeutung. Dem Gesetzgeber schwebte bei dieser Vorschrift nur die Regelung vermögenswerter Leistungen vor. Beim Annahmeverzug bleibt der Schuldner zu seiner Leistung weiter verpflichtet, da es ihm gleich sein kann, wem er leistet. Dem Arbeitnehmer ist dagegen dies nicht gleich,

[126] Staudinger, a. a. O. § 706, Anm. IV, 3.

da er durch die Arbeitsleistung über seine Zeit verfügt. Es wäre dann dem Gutdünken des Arbeitgebers überlassen, die Arbeitszeit festzusetzen. Aus diesem Grunde mußte die Bestimmung getroffen werden, daß der Arbeitnehmer die Vergütung erhält und nicht nachzuleisten braucht (§ 615 BGB.). Der Arbeitnehmer erfüllt somit seine Dienstpflicht, wenn er sich zur Leistung zur Verfügung stellt. Die Leistungsbereitschaft wird der tatsächlichen Leistung gleichgestellt. Die Bestimmung des § 615 BGB. folgt aus dem Charakter der Arbeit selbst und muß deshalb auf das Rechtsverhältnis des arbeitenden Gesellschafters Anwendung finden.

Von den Bestimmungen, die aus dem Wesen der Arbeit selbst sich ableiten, sollen im folgenden die wichtigsten geprüft werden.

Gemäß § 613 BGB. hat der Dienstverpflichtete seine Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Damit hat das Gesetz anerkannt, daß Inhalt der Leistung persönliche Tätigkeit des Schuldners ist. Wegen dieser untrennbaren persönlichen Verknüpfung des Arbeitenden mit seiner Arbeit ist deshalb ein Wechsel der Person im Zweifel nicht gestattet. Der Gläubiger kann verlangen, daß gerade die Person, die die Leistung der Arbeit versprochen hat, sie auch erbringt. Das Gesetz ist andererseits nicht so lebensfremd, zu verkennen, daß bei Arbeitsleistungen im Zeitalter des industriellen Großbetriebes es auf die Person des Leistenden nicht entscheidend anzukommen braucht. Bei mechanischen Verrichtungen zeigt das Arbeitsprodukt nichts mehr von der Persönlichkeit des Verrichters der Arbeitsleistung. Die Vorschriften über die persönliche Erbringung der Leistung gelten deshalb nur im Zweifel.

Diese Bestimmung des § 613 findet auch auf den arbeitenden Gesellschafter Anwendung. Gerade bei Personalgesellschaften, die auf der persönlichen Zusammenarbeit der Mitglieder aufgebaut sind, gilt in erhöhtem Maße der Grundsatz, daß die Gesellschafter ihre Leistungen persönlich zu erbringen haben. Für einzelne Leistungen, vor allem vorübergehender Natur, kann sich freilich aus den Umständen etwas anderes ergeben[127].

Der Anspruch auf Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar (§ 613 Satz 2 BGB.). Ebenso wie der Dienstberechtigte verlangen kann, daß der Arbeitsverpflichtete auch persönlich arbeitet, so kann umgekehrt der Dienstverpflichtete fordern, daß er die Arbeit auch nur demjenigen gegenüber vorzunehmen braucht, dem er sich zur Leistung verpflichtet hat. Das bei Leistung von Arbeit entstehende Vertrauensverhältnis läßt sich nicht ohne weiteres auf eine andere Person übertragen. Der Anspruch auf Arbeit ist keine Handelsware, die an irgendeinen Dritten abgetreten werden kann. Das gilt im erhöhten Maße von der Arbeit des Gesellschafters. Die gesellschaftliche Tätigkeit erfolgt immer gerade im Interesse der Gesellschaft, eine Abtretung an eine dritte Person ist nicht möglich.

---

[127] Vgl. Staudinger, § 706 IV, 3, S. 1240.

Auch auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung wirkt sich die Tatsache aus, daß es sich bei Arbeit um eine persönliche Leistung des Schuldners handelt. Der Anspruch auf Arbeit ist nicht erzwingbar (§ 888 Abs. 2 ZPO). Es entspricht nicht der Würde des Menschen, ihn mit Gewalt zur Arbeit für einen anderen Menschen zu zwingen, und nicht der Würde des Staates, seine Gewalt zu einem solchen Zwecke herzugeben. Der Gläubiger ist bei schuldhafter Nichtleistung der Arbeit auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt. Auch der arbeitende Gesellschafter hat persönliche Leistungen zu erbringen, er kann deshalb zu deren Vornahme nicht mit Gewalt gezwungen werden.

Der Anspruch auf Arbeit ist auch nicht vererblich. Es kann dem Schuldner ebenso wie bei der Abtretung des Anspruches auf Arbeit nicht zugemutet werden, daß er seine Leistung den Erben des ursprünglichen Gläubigers zu erbringen hat. In der Rechtswirklichkeit wird es aber oft so sein, daß das Arbeitsverhältnis den Erben gegenüber stillschweigend fortgesetzt wird. Eine Verpflichtung dazu besteht jedoch an sich nicht. Bei Arbeitsverhältnissen, bei denen eine sehr starke Entpersönlichung stattgefunden hat, insbesondere bei Arbeit im Großbetriebe, wird man den Arbeitsvertrag dahin auslegen müssen, daß die Arbeit auch gegenüber den Rechtsnachfolgern vorgenommen werden soll, wenn die Parteien an den Fall der Rechtsnachfolge gedacht hätten[128]. Auch der Erbe des Gesellschafters braucht die Arbeit des Erblassers nicht zu leisten. Für den Fall des Todes eines Gesellschafters werden meistens besondere Vereinbarungen über das Weiterbestehen der Gesellschaft und die Rechtsstellung des Erben getroffen sein.

In § 618 BGB. hat das Gesetz dem Umstande Rechnung getragen, daß aus der Arbeit für den Arbeitenden persönliche Gefahren erwachsen. Er muß sich einen Teil des Tages in fremden Räumen aufhalten und Verrichtungen vornehmen, die geeignet sein können, seine Gesundheit und sein Leben zu gefährden. Dem Arbeitgeber liegt deshalb die Pflicht ob, Räume, Verrichtungen und Gerätschaften, die er zur Leistung von Diensten zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten, daß die Gesundheit und das Leben des Dienstverpflichteten nicht gefährdet werden. Diese Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergibt sich daraus, daß ein persönlich abhängiger Arbeitnehmer seine Dienste leistet. Die Bestimmung ist eine der wenigen arbeitsrechtlicher Natur. Als Ausgleich für die persönliche Abhängigkeit wird eine entsprechende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenübergestellt. Der arbeitende Gesellschafter ist als Mitinhaber der Produktionsmittel und als Beteiligter an der gesellschaftlichen Willensbildung nicht persönlich abhängig. Nicht Unterordnung, sondern Gleichordnung ist für die Gesellschaft das beherrschende Prinzip. Für alle Tätigkeit, die im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses erbracht wird,

[128] Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 291.

trifft deshalb die damit verbundene Gefahr für Leben und Gesundheit den Gesellschafter selbst. Ganz gleich, ob es sich um geschäftsführende Tätigkeit handelt oder ob sie anderer Art ist, immer nimmt sie der Gesellschafter im eigenen Gefahrenkreise vor. Ihn trifft deshalb die Verantwortung für alle Tätigkeit, die innerhalb dieses Gefahrenkreises geschieht. Praktische Bedeutung kann die Vorschrift des § 618 nur dann für ihn haben, wenn er selbst keinen Einfluß auf die Abstellung von Mängeln hat, die sich in einer Gesundheits- und Lebensgefährdung auswirken. Ein Kommanditist arbeitet z. B. als Ingenieur in dem Betriebe der Gesellschaft mit und verlangt vergeblich von dem geschäftsführenden Gesellschafter die Anbringung gewisser Schutzvorschriften. Dann wird man ihm den Schutz des § 618 gegenüber dem verantwortlichen Gesellschafter zubilligen müssen. Dieser Gesellschafter verletzt seine Treupflicht gegenüber dem Mitgesellschafter. Er kann ihn im Rahmen des § 708 BGB. wegen fahrlässiger Verletzung seiner Pflichten auf Schadensersatz in Anspruch nehmen[129].

Aus der Tatsache, daß ein Mensch überhaupt einem anderen Menschen seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, folgt die Bestimmung des § 629 BGB. Der Arbeitende muß Gelegenheit haben, sich nach einer anderen Existenz umzusehen, wenn sein Arbeitsverhältnis aufgekündigt worden ist. Durch die zeitliche Gebundenheit darf ihm nicht die Möglichkeit genommen werden, seine notwendigen Angelegenheiten zu regeln. Die Anwendung der Vorschrift auf den arbeitenden Gesellschafter muß deshalb bejaht werden. Praktisch wird dies nur dann werden, wenn ein Gesellschafter trotz Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht aus der Gesellschaft ausscheidet, denn dann muß er sich gewöhnlich, trotzdem er Gesellschafter bleibt, anderweitig zur Arbeit verpflichten.

Keine Anwendung können die Vorschriften des Dienstvertrages auf den Arbeit leistenden Gesellschafter finden, die auf dem besonderen Tatbestande beruhen, daß der Dienstverpflichtete in die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten aufgenommen ist. Der Gesetzgeber hat dabei an die Fälle gedacht, in denen persönlich abhängige Arbeit geleistet wird. Diese Abhängigkeit erfährt dann durch die Aufnahme in die Hausgemeinschaft noch eine besondere Steigerung. Aus diesem Grunde bedürfen Arbeitnehmer, innerhalb der häuslichen Gemeinschaft, des besonderen Schutzes des Gesetzes. Beim arbeitenden Gesellschafter trifft diese Voraussetzung nicht zu, da er nicht persönlich abhängig ist. Eine Anwendung der Vorschriften der §§ 617 und 618 Abs. 2 BGB. ist daher nicht möglich. Der Fall, daß ein Gesellschafter überhaupt in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen wird, ist bei den heutigen Lebensverhältnissen kaum denkbar, denn alle Gesellschafter zusammen

[129] Staudinger, a. a. O. § 618 IV, S. 1240; Thomik, a. a. O., S. 87.

würden dann die Hausgemeinschaft bilden. In dieser ständen sie sich aber wie sonst als gleichberechtigte Personen gegenüber.

Die Vorschrift des Dienstvertrages über die Ausstellung eines Zeugnisses findet auf das Rechtsverhältnis des beitragsleistenden Gesellschafters keine Anwendung. (§ 630 BGB.) Ein Zeugnis kann immer nur derjenige erhalten, der vom Dienstberechtigten persönlich abhängig ist. Jedes Zeugniserteilungsrecht ist Ausdruck einer persönlichen Ueber- und Unterordnung. Gleichberechtigte Personen erteilen sich keine Zeugnisse[130]. Gerade bei der Zeugniserteilung wird man besonders sorgfältig prüfen müssen, ob es sich um ein echtes Beitragsverhältnis handelt oder ob neben der Gesellschaft ein Dienstvertrag besteht. Der Gesellschafter, der neben seiner Gesellschafterstellung arbeitet, kann ein erhebliches Interesse an der Erteilung eines Zeugnisses für sein späteres Fortkommen haben.

Auch die Bestimmung des § 624 BGB. beruht auf sozialen Erwägungen. Jeder Dienstvertrag über längere Zeit bedeutet einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit des Dienstverpflichteten. Treten für ihn während dieses Zeitraumes günstigere Lebensumstände ein, z. B. erwirbt er Vermögen, das ihm ermöglichen würde, sich selbständig zu machen, oder er erhält Gelegenheit, eine bedeutend günstigere Stellung anzunehmen, dann ist er durch den langjährigen Dienstvertrag an einer Verbesserung seiner Lebensstellung gehindert. Es wird daher auch vorkommen, daß ein Dienstberechtigter eine augenblickliche Notlage eines Dienstverpflichteten ausnützt, um ihn langjährig unter verhältnismäßig ungünstigen Bedingungen an sich zu binden. Dazu kommt, daß das Arbeitsverhältnis als Über- und Unterordnungsverhältnis die Gefahr schwerer persönlicher Konflikte in sich birgt. Es muß deshalb dem Dienstverpflichteten die Möglichkeit gegeben werden, daß er ein Dienstverhältnis über 5 Jahre lösen kann, wenn sich die oben aufgezeigten Unzuträglichkeiten einstellen. Für den beitragleistenden Gesellschafter bedarf es einer solchen Schutzbestimmung nicht. Die Gesellschafter sind gleichberechtigte Personen. Es muß ihnen freistehen, sich auch langjährig zu einer Tätigkeit für die Gesellschaft zu verpflichten. Gestalten sich die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern unerträglich, dann wird meistens ein wichtiger Grund zur Kündigung der gesamten Gesellschaft gemäß § 723 BGB. vorliegen.

Nicht anwendbar ist auch die Bestimmung des § 612 BGB. Das Gesetz trägt darin der Lebenstatsache Rechnung, daß Dienste gewöhnlich nur gegen Entgelt geleistet werden. Bei der Gesellschaft folgt aus der Leistung von Arbeit als Beitrag noch nicht, daß für diese Arbeit außer dem Gewinn noch eine besondere Vergütung gezahlt wird. Jeder

---

[130] Dersch, Deutsches Arbeitsrecht, 1936, S. 69. RAG. in JW. 1936, S. 2264; Art. „Zeugnis" in Arb. Rechtskartei.

Gesellschafter ist an sich zur Tätigkeit für die Gesellschaft verpflichtet. Soll dafür noch ein besonderes Entgelt gezahlt werden, dann müssen die Gesellschafter dies ausdrücklich vereinbaren.

Abschließend soll nun noch geprüft werden, inwieweit arbeitsrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen können, die allein auf der Tatsache beruhen, daß ein Mensch einem anderen Menschen gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Bereits aus dieser Tatsache folgt eine gewisse Abhängigkeit, denn es verpflichtet sich typischerweise niemand zur Arbeit, der nicht auf den Ertrag seiner Arbeit zur Erhaltung seiner Existenz angewiesen ist. Eine derartige Vorschrift ist § 850b ZPO. Charakteristischerweise war sie früher eine besondere arbeitsrechtliche Bestimmung, und zwar stand sie in der Lohnpfändungsverordnung vom 25. Juni 1919. Durch diese Verordnung wurde der Lohn aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis vor übermäßigen Pfändungen geschützt. Der arbeitende Gesellschafter konnte sich damals nicht darauf berufen, da er eben in keinem Arbeits- oder Dienstverhältnis im Sinne der Arbeitsrechtsvorschriften steht. In dieser Lage ist durch den neu geschaffenen § 850b ZPO. eine Aenderung eingetreten. Der Gesetzgeber ist bei seiner Neuregelung davon ausgegangen, daß es neben den Personen, die persönlich abhängige Arbeit leisten, auch solche gibt, die zwar persönlich unabhängig sind, in wirtschaftlicher Hinsicht aber den persönlich abhängigen gleichstehen[131]. Dieser Fall ist bei dem arbeitenden Gesellschafter regelmäßig gegeben. Nimmt er deshalb eine Tätigkeit vor, die ihn vollständig oder zu einem wesentlichen Teile in Anspruch nimmt, dann kann er sich auf die Vorschrift des § 850b berufen, denn dann ist er wirtschaftlich auf die Vergütung angewiesen.

[131] Volkmar, Deutsches Arbeitsrecht, 1935, S. 8 ff.

Lebenslauf.

Am 19. Juli 1911 wurde ich als Sohn des Bauingenieurs Guntram Schreiber in Breslau-Deutsch Lissa geboren. Nach Besuch der Volksschule in Deutsch Lissa wurde ich Ostern 1922 Schüler der Eichendorff-Oberrealschule in Breslau, wo ich Ostern 1931 die Reifeprüfung bestand. Vom Sommersemester 1931 an studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Breslau und Wien. Am 27. März 1935 bestand ich das erste juristische Staatsexamen bei dem Oberlandesgericht in Breslau. Seit Juni 1935 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirke des Oberlandesgerichtsbezirks Breslau tätig.